Augenscheinseinnahme und Durchsuchung

im geltenden Strafprozeßrecht und in den Entwürfen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

Rechtswissenschaftliche Abteilung

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Walter Bausenhart

Referendar aus Stuttgart

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen

1933

Dekan: Professor Dr. Stoll

Referent: Professor Dr. A. Schötensack

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juni 1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
in Dankbarkeit zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0147

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 10

1. Kapitel:

§ 2. Geschichtlicher Rückblick 11

2. Kapitel:

Die Augenscheinseinnahme

§ 3. Begriff und Wesen 16
§ 4. Prozessuale Vorschriften 22
§ 5. Pflicht zur Duldung einer Augenscheinseinnahme 24
I. Herrschende Meinung 24
II. Abweichende Meinungen 30
III. Fortsetzung, eigene Stellungnahme 33

3. Kapitel:

Die Durchsuchung

§ 6. Gegenstand der Durchsuchung 36
§ 7. Umfang und Voraussetzungen 43
§ 8. Prozessuale Vorschriften 42

4. Kapitel:

Verhältnis der Vorschriften über Augenscheinseinnahme und Durchsuchung zueinander

§ 9. Zusammentreffen von Augenscheinseinnahme und Durchsuchung in einem Akt 50
§ 10. Unterscheidungsmerkmale zwischen Augenscheinseinnahme und Durchsuchung 53
I. Äußere Unterscheidungsmerkmale 53
II. Innere Unterscheidungsmerkmale 55
§ 11. Augenscheinsduldungspflicht und §§ 102, 103 StPO. . . . 56
§ 12. § 193 und § 106 StPO. 59
§ 13. Die Untersuchung des lebenden menschlichen Körpers . . 62
I. De lege lata 62
II. De lege ferenda 69

5. Kapitel:

§ 14. Vergleichende Darstellung ausländischer Rechte 77

Literatur.

Alsberg, Max: Der Beweisantrag im Strafprozeß, Berlin 1930.

Abegg, J. Fr. H.: Lehrbuch des Kriminalprozesses, Königsberg 1833.

Anschütz, Gerh.: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Berlin 1929.

Anschütz, Gerh.: Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850.

Aschrott, P. F.: Reform des Strafprozesses, Berlin 1906.

Beling, Ernst: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, Breslau 1903 (in strafrechtliche Abhandlungen Heft 46).

Beling, Ernst: Deutsches Reichstrafprozeßrecht mit Einschluß des Gerichtsverfassungsgesetzes, Berlin und Leipzig 1928 (in Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft Band 17).

Beling, Ernst: Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1895, Band 15, 471 ff.

Bennecke, H.: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechtes, Breslau 1895.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 2. Aufl. Breslau 1900, 3. Aufl. 1927.

Binding, Karl: Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1904.

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung, 3. Aufl., 1. Band 1916.

Birkmeyer, K.: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl. 1911.

Bozi, Alfred: Recht und Gesetz, Jur. Wochenschrift, 53. Jg. 1924, S. 9591 ff.

Brauer, B.: Bemerkungen über Augenschein- und Haussuchung, Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge, 1846, S. 583 ff.

Dalcke, A.: Kommentar zur Deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1881.

Delius: Über Zulässigkeit von Eingriffen in die Unantastbarkeit des Körpers, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 8. Jg. 1914, S. 1253 ff.

Dochow: Der Reichsstrafprozeß, Berlin und Leipzig 1880.

Dohna, A., Graf zu: Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1925.

Drescher, A.: Zur Erläuterung der Artikel III und IX der Grundrechte des Deutschen Volkes, Gerichtssaal Jg. 1849, Band 1, S. 292 ff.

Ebermayer, L.: Das Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl., Leipzig 1929.

Ehrenfreund: Eine strafprozessuale Frage, Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, 53. Jg. 1906, S. 19 ff.

Erich, G.: Die Strafprozeßordnung des Königreichs Italien vom 27. Februar 1913, übersetzt und mit Anmerkungen versehen, Berlin 1913.

Feisenberger, Albert: Zwangsmittel im Strafverfahren, in Aschrotts Reform des Strafprozesses, Berlin 1906.

Feisenberger, Albert: Kommentar zur Strafprozeßordnung, Berlin und Leipzig 1926.

Frank, Richard: Besprechung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 19.—25. Band, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1892, Bd. 12, S. 333 ff.

Freund, Heinr.: Osteuropainstitut in Breslau, Quellen und Studien, 1. Abteilung: Recht. Neue Folge: 1. Band, Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassunggesetz und Strafprozeßordnung Sowjetrußlands, Mannheim 1925.

Friedrichs, K.: Der menschliche Körper als Beweismittel, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, 1894, Bd. 19, S. 390 ff.

Friedrichs, K.: Die körperliche Untersuchung dritter Personen, Recht, 1901, 5. Jg., S. 383 ff.

Gerland, H.: Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.

Gerland, H.: Die englische Gerichtsverfassung, Leipzig 1910.

Geib: Geschichte des römischen Kriminalprozesses, Leipzig 1842.

Geyer, Aug.: Der Beweis im Strafprozeß, in v. Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Bd. 1, 1879.

Geyer, Aug.: Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880.

Glaser, Jul.: Handbuch des Strafprozesses, 2 Bände, Leipzig 1883/85.

Glaser, Jul.: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Leipzig 1883.

Groß, C.: Die Beweistheorie im kanonischen Prozeß, 2 Bände, Wien 1867/80.

Hahn, C.: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 3: Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, Abt. 1, 2, 1880/81.

Hasemann, P.: Die redaktionellen Mängel der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, Stuttgart 1888.

Hatschek, Jul.: Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Bd. 1, Berlin 1922.

Hegler, August: Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen im Prozeß, Archiv für jur. Praxis, 1919, Bd. 104, S. 151 ff.

Herrmann, H.: Der menschliche Körper als Beweismittel im Strafprozeß, Diss. Borna, Leipzig 1913.

Holtzendorff, Friedrich von: Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1. Band, Berlin 1879.

Hellweg: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 4. Aufl., 1890.

Heußler: Grundlagen des Beweisrechts, Archiv für zivilistische Praxis, 1879, Bd. 62, S. 209 ff.

Jagemann, v.: Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde, Frankfurt 1838.

John, Richard: Kommentar zur Strafprozeßordnung, Erlangen 1884.

Kayser: Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des Deutschen Reiches, Paderborn 1889.

Keller, Adolf: Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Lahr 1882.

Kohler, Josef: Die Person des Zeugen als Augenscheinsobjekt, Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Jahrgang 1913, Bd. 60, 213 ff.

Koppmann, v.: Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, München 1901.

Kreß, Josef: Der substantielle Mensch als Beweismittel im Strafverfahren, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 2. Jahrgang 1906, S. 169 ff.

Kries, Aug. v.: Der Beweis im Strafprozeß des Mittelalters, Weimar 1878.

Kries, Aug. v.: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. B., 1892.

Kries, Aug. v.: Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der Deutschen Strafprozeßordnung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 6, S. 88 ff.

Krebs, W.: Straf- und Strafprozeß-Gesetze für den Kanton Bern, 1929.

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1914.

Lilienthal, K. v.: Das Strafprozeßrecht, Berlin 1904 (in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft).

Liszt, Fr. v.: Die Reform des Strafverfahrens, Nation, 23. Jg. 1906, S. 339 ff.

Liszt, Fr. v.: Besprechung der 14. Aufl. des Kommentars v. Löwe, Deutsche Strafrechtszeitung, Bd. 4, S. 445, 1917.

Lohsing, Ernst: Österreichisches Strafprozeßrecht, Wien, Graz 1912.

Löwe, E.: Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1881.

Löwe-Rosenberg: Kommentar zur Strafprozeßordnung, 18. Aufl., Berlin und Leipzig 1929.

Mayer, Arthur: Augenscheinseinnahme und Durchsuchung im geltenden Strafprozeßrecht unter Berücksichtigung des Entwurfs, Breslau 1911 (in Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 128).

Mittermaier, J.: Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse, 1. Teil, Darmstadt 1821.

Mittermaier, J.: Die Lehre vom Beweis im Deutschen Strafprozeß, Darmstadt 1834.

Mittermaier, J.: Das Deutsche Strafverfahren, 1. Teil, Heidelberg 1845.

Möhring, Philipp: Die körperliche Untersuchung im Strafprozeß und die Verwertung ihrer Ergebnisse, Diss., Berlin 1922.

Mommsen: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899 (in Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 4).

Mommsen: Römisches Staatsrecht, I—V, 3. Aufl., 1887/88.

Müller: Durchsuchung der einer strafbaren Handlung verdächtigen Person, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1. Jg., 1905, S. 449 ff.

Nipperdey: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929/30.

Pechwell: Die Militärstrafgerichtsordnung, Leipzig 1899.

Planck, J. W.: Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1857.

Planck, J. W.: Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 2 Bände, Braunschweig 1879.

Puchelt, E. S.: Kommentar zur Strafprozeßordnung, Leipzig 1891.

Rietzler, Erwin: Anmerkungen zur Rechtsprechung des Reichsgerichts, Jur. Wochenschrift, 54. Jg., 1925, S. 2459.

Rosenfeld, E.: Lehrbuch des Reichsstrafprozesses, 4./5. Aufl., Berlin 1912.

Rosenfeld, E.: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1926 (Sammlung Göschen).

Rintelen: Der Strafprozeß, Berlin 1891.

Rosenmeyer, A.: Der menschliche Körper als Beweisobjekt, Gerichtssaal, 1904, Bd. 63, S. 41 ff.

Rupp, Erwin: Der Beweis im Strafverfahren, Freiburg und Tübingen 1884.

Schötensack, August: Der Strafprozeß der Carolina, Leipzig 1904.

Schwartze, F. O.: Kommentar zur Strafprozeßordnung, Leipzig 1878.

Spitznagel, A.: Die Haussuchung im Strafprozeß, Diss. Tübingen 1896.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Aufl., Tübingen 1928.

Stübel, N.: Das Kriminalverfahren in den Deutschen Gerichten, I—V, Leipzig 1811.

Stenglein, M.: Lehrbuch des Deutschen Strafprozesses, Stuttgart 1887.

Stenglein, M.: Kommentar zur StPO. 3. Aufl., München 1898.

Stenglein, M.: Haussuchung und Durchsuchung, Gerichtssaal, 1900, Bd. 57, S. 3 ff.

Stenglein, M.: Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung, Berlin 1901.

Tittmann, C. A.: Handbuch der Strafrechtswissenschaften und der Deutschen Strafgesetzkunde, Teil 1—3, Halle 1822/24.

Thilo, G.: Kommentar zur StPO., Berlin 1878.

Ullmann, J.: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München 1893.

Vargha, Julius: Die Verteidigung in Strafsachen, Wien 1879.

Voitus, C. A.: Kontroversen betreffend die StPO. und das GVG., 2 Bände, Berlin 1881/82.

Voss, Hermann: Streitfragen aus der StPO. unter Berücksichtigung der Reformentwürfe III, Goldtammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, 1913, Bd. 60, S. 187 ff.

Weigel, Gottlieb: Militärstrafgerichtsordnung, München 1899.

Weveld, V.: Zur Lehre vom gerichtl. Augenschein, Diss. Tübingen 1877.

Wilmowsky-Levy: Zivilprozeßordnung, 1. Aufl. 1878, 3. Aufl. 1895.

Zachariä, H. A.: Handbuch des Strafprozesses, 2 Bde., Göttingen 1861/68.

Zachariä, H. A.: Grundlinien des gemeinen Deutschen Kriminalprozesses, Göttingen 1837.

Zumpt, A. W.: Der Kriminalprozeß der römischen Republik, Leipzig 1871.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, herausgegeben vom Reichsjustizamt, Berlin 1904/5.

Verhandlungen des Reichstags, stenographische Berichte.

Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung,
Amtliche Ausgabe, Berlin 1908.
Reichstagsvorlage 1909, Anl.-Bd. 270,
Amtliche Ausgabe, Berlin 1920.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch, amtl. Ausgabe 1927.

§ 1.

Einleitung.

Die Lösung der staatlichen Aufgaben macht vielfach einen Eingriff in die Privatrechtssphäre und die persönliche Freiheit des Einzelnen unentbehrlich. Inwieweit ein solcher Eingriff gerechtfertigt erscheint, läßt sich ohne weiteres nicht bestimmen. Die Beantwortung dieser Frage hängt in der Hauptsache zunächst ab von der Kulturstufe, auf welcher die staatliche Gemeinschaft steht und von der Staatsform, in der die Kulturgemeinschaft lebt, sodann von dem Einfluß, den sie auf die Entwicklung des Rechtslebens auszuüben imstande war. Je freier die Staatsform und je höher die Kulturstufe eines Volkes ist, desto größer werden bei geordneten Verhältnissen auch die für die Unverletzlichkeit der Privatrechtssphäre und der persönlichen Freiheit des Untertanen geschaffenen Garantien sein.

Läßt indessen in den meisten Fällen schon die Abwägung der in Frage stehenden Interessen einen Eingriff in die Privatrechtssphäre dem Staatszweck entsprechend als selbstverständlich erscheinen, so gibt es doch für den Gesetzgeber Fälle, in denen sich die Entscheidung, welchem der kollidierenden Interessen der Vorrang gebührt, schwierig gestaltet. Umso schwieriger ist es dann auch für die Interpretation eines unklaren und unvollständigen Gesetzes, festzustellen, welchem Interesse vom Gesetzgeber Rechnung getragen wurde: ob z. B. der Staat in seinem, ihm durch die Strafrechtspflege anvertrauten Streben nach der objektiven Wahrheit in die geheiligte Interessensphäre des Untertanen eindringen darf oder ob er die von ihm selbst gezogenen Schranken der Persönlichkeit zu achten habe.

Solche Unklarheiten offenbaren sich insbesondere im Strafprozeß bei der Betrachtung der Institute der Augenscheinnahme und der Durchsuchung. Man fühlt die Unsicherheit um so deutlicher, als diese beiden Untersuchungshandlungen Akte der staatlichen Gerichtsgewalt sind, die mehr als alles andere die bürgerliche Freiheit in Frage stellen und mit den Privatinteressen in empfindlichster Weise kollidieren.

Die vorliegende Arbeit hat sich deshalb zur Aufgabe gemacht, zur Lösung dieser Zweifelsfragen beizutragen. Es soll jedoch zu diesem Zweck keineswegs eine ins einzeln gehende systematische Darstellung der beiden Untersuchungshandlungen gegeben werden, sondern mit einem Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung in kurzen Zügen

das Wesen und die charakteristischen Merkmale der Augenscheinnahme und der Durchsuchung beleuchtet werden, sodann soll den Unterscheidungspunkten und den Berührungspunkten und all dem näher getreten werden, was dazu dient, die entstandenen Irrtümer und die auftauchenden Zweifels- und Streitfragen zu entscheiden.

---

1. Kapitel.

§ 2.

Geschichtlicher Rückblick.

Im älteren römischen Strafverfahren, dem magistratischen Prozeß, finden wir über die Einnahme eines Augenscheins nur ganz spärliche Andeutungen; desgleichen gibt uns das geringe vorliegende Material keine Anhaltspunkte dafür, ob eine Durchsuchung allgemein üblich und zulässig war [1]). Berücksichtigen wir aber, daß in jener Periode die freie richterliche Beweiswürdigung und die Erforschung der materiellen Wahrheit die leitenden Prozeßgrundsätze waren [2]), so wird die Vermutung nicht unhaltbar sein, daß der Richter diese Untersuchungshandlungen auf Antrag der Parteien oder auch aus eigenem Ermessen vornehmen konnte, um eine vollständige materielle Überzeugung von den strittigen Tatsachen zu gewinnen [3]). Dem Akkusationsprozeß waren die Institute der Augenscheinseinnahme und der Durchsuchung als richterliche Untersuchungshandlungen fremd [4]). Die Gesetze gestatteten allerdings dem Ankläger, vorausgesetzt, daß er eine amtliche Vollmacht vorweisen konnte, in das Haus des Angeschuldigten sowohl, wie auch dritter Personen einzudringen, und eine Haussuchung vorzunehmen, um in den Besitz beweiserheblicher Dokumente zu gelangen [5]); doch waren dies Privathandlungen, die das Gesetz dem Verletzten einräumte, vom Richter auch wohl begünstigt, aber nicht

---

[1]) 1. 8. § 1. D. 10. 1; 1. 2. D. 2. 11; 1. 2. D. 2. 12; Mommsen, Röm. Strafrecht (Bindings Hdb. I, 4), S. 400, 788 Anm. 4, 803.

[2]) Über die Entwicklung des Strafverfahrens s. Mommsen a. a. O., 340 ff.

[3]) Commentator Baldus (glossierte Ausgabe der Digesten, Venet. 1581): „Nota hic, quod quando expedit, judex debet personaliter accedere ad locum et creditur hic judici in eo, quod videt".

[4]) Zachariä, Strafprozeß, 227; Ders., Kriminalprozeß, 108; Brauer, a. a. O., 586; Mommsen, a. a. O., 401, 418.

[5]) Cicero, pro Cluentio 30, 82; in Verrem II, 44: „sane homini praeter opinionem improviso incidi. Scrutatus sum, quae potui, et quaesivi omnia"; Geib, Gesch. d. röm. Rep. pr. 354; Zumpt, Crim. d. röm. Rep. 305; Mommsen, a. a. O., 418.

von letzterem selbst oder unter seiner Autorität vorgenommen wurden.

Das germanische Strafverfahren dagegen legte das größte Gewicht auf den augenscheinlichen Beweis. Er trat neben den altgermanischen formellen Beweismitteln, dem Reinigungseid und dem Gottesurteil, in der Form der „leiblichen Beweisung" in bemerkbarer Weise hervor [6]). Regelmäßig wurden die in Augenschein zu nehmenden Objekte vor das gehegte Gericht gebracht, um die zu beweisende Tatsache, z. B. den Gewahrsam des Streitobjekts auf Seiten des Beklagten — die gestohlenen Gegenstände wurden mit dem Dieb in körperlichen Zusammenhang gebracht, indem sie ihm mit den zur Tat benützten Werkzeugen auf den Rücken gebunden wurden — unmittelbar vor dem versammelten Gericht „leiblich", augenscheinlich machen zu können. Deshalb durfte auch der Leichnam des Erschlagenen erst nach erfolgter Besichtigung durch das Gericht beerdigt werden [7]). In gleicher Weise wurden Wunden und Beulen des Verletzten durch das Gericht oder durch etliche, aus gehegter Bank gesandte Schöffen oder Dingleute, in einigen Städten auch durch den Wundarzt besichtigt, und ihre Beschaffenheit festgestellt [8]), so daß dem Kläger kein Nachteil daraus entstand, wenn wegen Abwesenheit des Beklagten die Klage befristet werden mußte und die Verletzungen in der Zwischenzeit zugeheilt waren. Die Befugnis, Spuren eines Verbrechens in fremdem Hause zu verfolgen oder das gestohlene Gut in Jemandes Gewere zu suchen [9]), stand nach den Rechtsquellen jener Zeit entweder dem Ankläger selbst oder dem Richter zu; Vorausesetzung war vielfach die Erlaubnis oder Autorisation seitens des Rats der Stadt, da die in der Haussuchung liegende Beunruhigung der Bürger in ihren Häusern nicht ohne hinlänglichen Grund zugelassen werden sollte. Nach dem Sachsenspiegel II Art. 72 § 1 begibt sich der Richter an den Ort der Durchsuchung, die Durchsuchungshandlung selbst wird aber vom Kläger und sechs vom Richter bestimmten Boten vorgenommen [10]).

Mit dem Einzug des sich im kanonischen Recht bahnbrechenden Pflichtgedankens in das Deutsche Strafrecht wurde der Bann der formellen Beweistheorie gebrochen. Die Folge davon war eine tiefgreifende Änderung des Strafprozeßrechtes, namentlich des Beweisrechts. Der Richter hatte niemals die Anregung für die Vornahme eines Augenscheins von irgend einer Seite abzuwarten, sondern er hatte von Amts wegen einzuschreiten, so oft und wenn er dies für das ihm ge-

---

[6]) Sachs. sp. I, Art. 15 § 2; Richtsteig C 11 § 3, 16 § 1, 40 § 2; v. Weveld, a. a. O., 24; Planck II, 2—6.

[7]) Sachs sp. III, Art. 90 § 2 (in Homeyer, Sachsenspiegel, 171).

[8]) Planck II, 152; v. Kries, Der Bew. i. Strafv. d. M. A., 25 ff, 98, 159 ff, 225; Sachsenspiegel I, 68 § 2, 63 § 1.

[9]) Vgl. Brunner-Schwerin, D. Rechtsgesch., Leipzig 1928, 647 f.

[10]) So auch sächs. Weichbildrecht Art. 109 (Ausg. v. Thüngen, Heidelberg 1837, S. 39.

steckte Ziel „veritatem diligentius perscrutari“ [11]) als nützlich und notwendig erkannte. Der Beweis durch gerichtlichen Augenschein ist zwar in den Quellen nicht besonders behandelt wie andere Beweismittel, er ist aber in den von den Decretalen so häufig bei der Behandlung des „notoriums“ [12]) erwähnten „evidentia rei, evidentia facti“ ohne Zweifel inbegriffen [13]). Von einer Durchsuchung der Wohnung zum Zwecke der Ergreifung des Täters oder Beschaffung von Beweismitteln ist in den Quellen nicht die Rede. Allein eine so vollständige Durchbildung konnte der ganze Strafprozeß im kanonischen Recht noch nicht erlangt haben, daß die Art und Weise, durch welche das Gericht sich Beweismittel verschaffen konnte, im Gesetz näher bestimmt und geregelt gewesen wäre; wenn auch von einem Recht zur Haussuchung, Beschlagnahme usw. nicht die Rede ist, so lag doch in dem Satz „veritas diligentius perscrutanda“ die selbstverständliche Forderung, daß der Richter auch jene Beweisgründe zur Entfaltung und Würdigung bringen solle, die nach Lage des Falles Beweismittel zu liefern geeignet waren, erforderlichenfalls „unter Aufgebot aller ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmittel [14])“.

In der peinlichen Gerichtsordnung Karls V., in der C.C.C.[15]), die trotz der anfänglichen Vorherrschaft des Privatklageprozesses bald inquisitorisch umgestaltet wurde [16]), war das Gericht dem Ankläger unterstützend zur Seite gestellt und die Beweissammlung zur Aufgabe und Pflicht des Gerichts gemacht, soweit es „zur erfarung der warheyt dienstlich“ war [17]). Der Richter war daher auch zu allen Maßnahmen (Haussuchung, Beschlagnahme u. a.) befugt, die ihm für die Herbeischaffung von Indizien erforderlich schienen, ohne daß dieselben in der C.C.C., wie überhaupt in den gemeinrechtlichen Quellenstellen besondere Erwähnung gefunden hätten. Das Ziel, worauf der Indizienbeweis hinarbeitete. war die Erlangung eines gerichtlichen Geständnisses; wollte der Beschuldigte nicht gestehen, so wurde er auf un-

---

[11]) Decretalen des Innozenz III: C. 24. X. de accus., 31. X. de simonia (5. 3).

[12]) Schötensack, a. a. O., 63: „notorisch = was dem Richter und den Parteien entweder in ihrer Eigenschaft als solcher oder vermöge ihrer allgemeinen menschlichen Eigenschaften so bekannt ist, daß ein Wegleugnen desselben selbst durch pfiffige Verdrehungen nicht leicht zu bewerkstelligen wäre“; Groß I, 51.

[13]) Andreae zählt in dem ihm früher zugeschriebenen ordo judiciarius, Ausg. Horn, München, 1837, S. 46 die Beweismittel in Versen auf:

„aspectus, scriptum, testes, notoria, sculptum,
jurans, confessio, praesumptu, fama probatum“.

[14]) Groß II, 226: namentlich durch Androhung und Verhängung von kirchlichen Zensuren.

[15]) Über die Vorarbeiten und das Zustandekommen s. Schötensack a. a. O., 3 ff.

[16]) Der Inquisitionsprozeß wurde nur kurz in den Art. 6—10 erwähnt; Schötensack, a. a. O., 101 f.

[17]) C.C.C. Art. 53; Zachariä, Handbuch des Strafpr. I, 142.

genügende Indizien hin der Folter unterworfen [18]). Als eine der wichtigsten inquisitorischen Maßregeln anerkannte die C.C.C. die „inspectio ocularis". Wir finden unter den von ihr aufgestellten Indizien neben den durch Haussuchung erlangten „argkwonigen Stück" auch den Augenschein und die Besichtigung verdächtiger Personen [19]). Niemals war aber die inspectio ocularis oder das durch die Haussuchung erlangte Indiz selbständiges Beweismittel, sondern führte immer zur peinlichen Frage [20]).

Allmählich, im Zeitalter der durch keine verfassungsrechtliche Schranken eingeengten Herrschergewalt, verlor sich die akkusatorische Form des Strafprozesses immer mehr zu Gunsten des Inquisitionsprozesses. Der Inquisitionsprozeß, der den Untersuchungsrichter mit nahezu unbeschränkten Machtmitteln ausstattete, drängte die Achtung vor der persönlichen Integrität und vor dem Frieden des Hauses gegenüber dem staatlichen Interesse an der materiellen Wahrheitserforschung in weitgehendem Maße zurück. Man handelte nach dem Grundsatz: „cui jurisdictio data est eo quoque concessa videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest" [21]). Positive gesetzliche Bestimmungen über Augenscheinseinnahme und Durchsuchung, die Mittermaier [22]) für die damalige Zeit noch als gleichartige Institute ansieht, fehlen nahezu völlig. So sehr man einerseits darüber einig war, daß alle Tatsachen, die der Richter sinnlich warnehmen könne, auch durch Augenschein bewiesen werden müßten [23]), und daß die Haussuchung als ein zur Erschließung richterlicher Erkenntnisquellen erlaubtes Mittel sei, ebensosehr gingen die Ansichten über die Pflicht zur Gestattung des Augenscheins und der Durchsuchung auseinander. Für die jüngste Zeit des gemeinen Inquisitionsprozesses jedenfalls kommt Mittermaier [24]) dazu, Augenscheinseinnahme und Durchsuchung von Sachen und Personen von einer mit Wahrscheinlichkeitsgründen unterstützten Anschuldigung, die zur Einleitung eines Strafverfahrens hinreichte, abhängig zu machen.

---

[18]) Schötensack a. a. O., 41.

[19]) C.C.C. Art. 149 weist den Richter an, er solle in zweifelhaften Fällen (vgl. Art. 143, 148) „sampt zweyen schöffen, dem gerichtsschreiber und eynem oder mer wundtärtzten . . . den selben todten Körper vor der begräbnuss mit fleiss besichtigen und alle seine entpfangene wunden, schläg und würf mit fleiss mercken und verzeychnen lassen".

Art 35 befiehlt, daß „die heimlichen kindstötung verdächtige Mutter durch verständig frawen an heimlichen stellen, als zu weither erfarung dienstlich ist" besichtigt werden solle.

[20]) Schötensack a. a. O., 70.

[21]) Zachariä a. a. O., 162; l. 2. D. II. 1 de jurisd.; Vgl. Köstlin, Wendepunkt des Strafv., 86.

[22]) Mittermaier I, 153; Brauer, Krim. A. a. a. O., 583, 602; vgl. auch v. Weveld a. a. O., 42.

[23]) Birkmeyer, D. Strafproz. R. 414; Mittermaier I, 566 ff.

[24]) Mittermaier, Hdb. d. peinl. Proz. I, 553 ff, 581 ff; ders., d. Strafv. 424 f; vgl. Geyer, Lb. 207, 551.

Die Reformbewegung am Anfang des vorigen Jahrhunderts übernahm das Erbe des Inquisitionsprozesses. Tritt auch in dem Wunsche Gesetzlichkeit an Stelle der Willkür des Richters zu setzen, einerseits das Bestreben hervor, Eingriffe in die individuelle Rechtssphäre durch bestimmte Vorschriften an gewisse materielle und formelle Bedingungen zu knüpfen, so halten die Gesetze es andererseits nicht immer für nötig, die Verpflichtung des Staatsbürgers zur Duldung ausdrücklich auszusprechen, für den Verdächtigen so wenig wie für den Unverdächtigen [25]). So bestimmt z. B. Art. 89 der Württ. StPO. vom 22. Juni 1843: „sobald ein Umstand, welcher auf die Untersuchung oder das Erkenntnis Einfluß hat, durch Augenschein erhoben werden kann, muß diesen der Untersuchungsrichter in jedem Zeitpunkt des Prozesses unverzüglich vornehmen" und Art. 94: „die Gegenstände des Augenscheins müssen von den Sachverständigen in Gegenwart der Gerichtspersonen besichtigt und untersucht werden". — Die Wendungen „der Richter muß vornehmen", „der Untersuchungsrichter ist berechtigt" sind nicht an die Adresse des Betroffenen gerichtet, sondern eine Vorschrift für das Gericht. Sie erschienen daher auch den damaligen Autoren angesichts der für den Untertanen geschaffenen verfassungsrechtlichen Garantien für die Begründung einer Zwangspflicht zur Duldung solcher Untersuchungshandlungen seitens des Betroffenen nicht mehr ausreichend.

Dieser Zustand mangelnder gesetzlicher Regelung und Umgrenzung der Staatsbürgerpflicht entsprach nicht mehr den kulturellen Anschauungen der Zeit. „Die Antwort, daß dem Rechte des Staates, begangene Verbrechen zu untersuchen", sagt Brauer [26]) „die Pflicht des Staatsbürgers, alles, was in dieser Absicht vom Staat unternommen wird, zu dulden, als Korrelat gegenüberstehe, kann uns nicht befriedigen, weil sie in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und den Bürger zu einer Sache erniedrigt, an welcher der Richter beliebig experimentieren könnte. Wir müssen vielmehr weiter untersuchen, ob eine Pflicht des Bürgers hierzu deduziert werden könne".

Die kulturelle Entwicklung drängte so immer mehr dazu, dem auf Erfüllung seiner Aufgaben bedachten Staate vor den Schranken der Interessensphäre des Untertanen in wirksamer Weise Halt zu gebieten. In wieweit diese Absicht gelungen ist, darüber geben die Vorschriften der Reichsstrafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 Aufschluß.

---

[25]) Zachariä a. a. O., S. 163; Übersicht über die Landesgesetzgebungen bei Binding, Grdr. d. Strafproz.R. 19 ff; Württ. StPO. v. 22. 6. 43, Art. 89, 103 ff, 283 ff; bad. StPO. v. 6. 3. 45 §§ 86, 112 ff; preuß. Krim.O. v. 11. 12. 1805, §§ 125 ff; Beling, Z.StW. 15, 481, 483.

[26]) Brauer, Krim.A. a. a. O., 605; Planck, system. Darst. 223 ff.

2. Kapitel.

Die Augenscheinseinnahme.

§ 3.

Begriff und Wesen.

Gegenstände der Sinnenwelt können als Beweismittel von Bedeutung werden, sofern ein konkreter Zustand, das Vorhandensein, die Beschaffenheit bestimmter Objekte geeignet ist, auf die Bildung der richterlichen Überzeugung einen Einfluß auszuüben, mithin dem Richter einen Beweisgrund für die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache abzugeben. Man nennt alle die hier in Betracht kommenden Gegenstände Augenscheinsobjekte, die Tätigkeit der Wahrnehmung am Objekt Augenschein oder Augenscheinseinnahme. Allein das Wort „Augenschein" ist ein ebenso unpassender Name, wie der lateinische „inspectio ocularis" für das, was damit gemeint ist. Denn einerseits erschöpft sich die Ausnutzung des Beweiswertes eines Augenscheinsobjekts nicht in den Wahrnehmungen, die durch das Gesicht gemacht werden, sondern jede sinnliche Wahrnehmung, durch die an einem Gegenstand der Sinnenwelt eine Tatsache festgestellt wird [27]), also auch „Schmecken", „Riechen", „Hören", „Fühlen" usw. stellt eine Augenscheinseinnahme dar, und andererseits versteht man unter „Augenschein" im engeren Sinne doch nicht alle Wahrnehmungen, die der Richter im Prozeß über Tatsachen macht, welche für dessen Entscheidungen von Einfluß sein können, sondern denkt nur an die mit einer gewissen Förmlichkeit verbundenen Wahrnehmungen dieser Art.

Geyer [28]) definiert folgendermaßen: „Augenschein im engen und technischen Sinne ist diejenige Prozeßhandlung, welche auf beweiskräftige Feststellung von Tatsachen durch richterliche Wahrnehmung gerichtet, in der durch das bestehende Recht vorgeschriebenen Form vollzogen wird."

Der außerordentlichen Bedeutung des Augenscheins und der Augenscheinsobjekte oder, wie man sie auch genannt hat, der Realien des Strafprozesses, ist das Gesetz in keiner Weise gerecht geworden. In wenigen unsystematischen Andeutungen verwertet es die im Laufe der geschichtlichen Entwicklung gewonnenen Ergebnisse der Augenscheinseinnahme im allgemeinen, handelt dagegen ausführlicher von dem unter Zuziehung von Sachverständigen vorzunehmenden Augenschein [29]). Dabei verwendet es den Begriff Augenschein sehr eng. Nicht

[27]) Vgl. v. Kries, Lb., 409.

[28]) Geyer, Lb. 484; so auch Mayer a. a. O., 9.

[29]) Leichenschau und Leichenöffnung § 87 ff; StPO; Vergiftungen § 91 StPO.; Schriftenvergleichung § 93 StPO.

jede seitens einer Strafverfolgungsbehörde, also z. B. der Staatsanwaltschaft vorgenommene Besichtigung von Örtlichkeiten oder einzelnen Gegenständen gilt als Augenscheinseinnahme, nur dann kommt ihr die Bedeutung und Kraft eines Akts der Beweisaufnahme zu, wenn sie in der vorgeschriebenen Form vom Richter vorgenommen wird. Augenschein als Beweisakt im Sinne des Gesetzes ist mithin nur der richterliche Augenschein (§ 86 StPO.) und die für den Augenschein geltenden Sätze finden demgemäß keine Anwendung für Besichtigungen seitens der Polizei oder der Staatsanwaltschaft. Wohl kann die Staatsanwaltschaft zu informatorischen Zwecken, sowie die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes auf Anordnung der Staatsanwaltschaft oder ein Sachverständiger zur Vorbereitung seines Gutachtens oder gar eine dritte Person ohne besondere Sachkenntnis im Auftrage des Gerichts [30]) eine Besichtigung vornehmen, soweit ihnen nicht tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen, doch hätte ein über eine solche Besichtigung aufgenommenes Protokoll keinerlei beweisende Kraft und könnte lediglich die Grundlage für einen Sachverständigen- oder Zeugenbeweis bilden [31]). Mit Recht sagt Löwe-Rosenberg [32]): „Während das Ergebnis des außerhalb der Hauptverhandlung eingenommenen richterlichen Augenscheins durch das über diesen aufgenommene Protokoll festgestellt und regelmäßig durch Verlesung des letzteren in der Hauptverhandlung zur Kenntnis des erkennenden Gerichts gebracht wird (§ 249 StPO.), kann das über eine nichtrichterliche Besichtigung etwa aufgenommene Protokoll niemals als Beweisstück dienen. — Kommt es dem erkennenden Gericht in der Hauptverhandlung darauf an, das Ergebnis eines nichtrichterlichen Augenscheins zu erfahren, so muß der Beamte, welcher letztere vorgenommen hat, notwendig als Zeuge vernommen werden". Auch die Motive zur geltenden StPO. stellen ausdrücklich fest, daß die Augenscheinseinnahme vom Entwurf überall als eine richterliche Handlung aufgefaßt werde; „die Aufnahme einer Vorschrift, daß in minder wichtigen Fällen ein nichtrichterlicher Beamter mit der Vornahme der Besichtigung beauftragt werden könne (vgl. Sächs. StPO. Art. 173, Bad. StPO. § 83) schien sich nicht zur Nachahmung zu empfehlen [33]).

Augenschein im Sinne unserer Strafprozeßordnung ist also nur der richterliche Augenschein. Diese Bezeichnung gebraucht das Gesetz auch ausdrücklich in den §§ 86, 225 und 249 StPO.

Läßt in dieser Beziehung weder die Literatur noch die Praxis einen Zweifel offen, so bestehen doch in manch anderer Beziehung über

---

[30]) Bestritten; vgl. Friedrichs, ZZPr. a. a. O., S. 394; Rintelen, StPO., S. 124—126.

[31]) R.G.Rspr. III, 544; E. 18, 186; Stenglein, Comm. Bem. 3 zu § 86; Löwe-Rosenberg, Comm. 1 b zu § 86; Glaser, Lb. II, 363; Geyer, Lb., 486, u. a.

[32]) Löwe-Rosenberg; Comm. 1 b zu § 86.

[33]) Hahn, Materialien zur StPO. I, 121

das Wesen der Augenscheinseinnahme ziemlich erhebliche Meinungsverschiedenheiten.

Stenglein[34]) bezeichnet die Augenscheinseinnahme als denjenigen Akt des Richters, durch welchen dieser sinnlich Wahrnehmbares zum Zwecke der Schaffung eines Beweismittels der eigenen Wahrnehmung unterstellt. Er geht von der falschen Ansicht aus, daß das ursprüngliche Beweismittel, das Augenscheinsobjekt, sich durch die Protokollierung der richterlichen Wahrnehmung an demselben in ein anderes Beweismittel, das Augenscheinsprotokoll verwandle. Indessen kann keine Unklarheit darüber bestehen, daß die Augenscheinseinnahme, selbst wenn sie im allerersten Stadium des Verfahrens eingenommen wird, nicht lediglich den Beweis vorbereitet, sondern endgültig aufnimmt, denn sonst wäre es nicht einzusehen, warum das Gesetz für die Form der Augenscheinseinnahme und für die Anwesenheit und Mitwirkung der Parteien besondere, ganz bestimmte Vorschriften gegeben hat.

Ähnliche Abwege geht Glaser[35]) mit seiner Ansicht, wenn er es für die Augenscheinseinnahme als charakteristisch ansieht, daß bei derselben nicht nur wahrgenommen, sondern zugleich das Ergebnis der Wahrnehmung beurkundet werde, so daß in den Fällen, wo das erkennende Gericht selbst wahrnimmt, von Augenschein nicht zu sprechen wäre. Glaser spricht zwar dem Gericht keineswegs die Fähigkeit ab, einen Augenschein einzunehmen, er will aber gerade in einer Augenscheinseinnahme seitens des erkennenden Gerichts nur eine „Vorführung sachlicher Beweismittel" sehen, weil er eben meint, das Wesen der Augenscheinseinnahme beruhe auf der Vermittlung der Wahrnehmung und die Beurkundung sei ein wesentlicher Bestandteil derselben, so daß der Augenschein ein aus Wahrnehmung und gleichzeitiger Beschreibung zusammengesetzter Vorgang sei. In der Begründung seines Standpunktes geht Glaser einerseits von der vielleicht zur Zeit des gemeinen Prozesses richtigen Annahme aus, daß nur die formgerecht protokollierte Augenscheinseinnahme beweiserheblich sei. Doch ist diese Auffassung heute nicht haltbar, denn ebensowenig, wie bei der Zeugenvernehmung der Schwerpunkt auf der Protokollierung der Zeugenaussagen liegt, ebensowenig kann dies für die Protokollierung der Augenscheinseinnahme angenommen werden[36]). Andererseits zieht er zum Beweis dafür, daß eine Augenscheinseinnahme seitens des erkennenden Gerichts nicht denkbar sei, die historische Entwicklung herbei[37]): im früheren Recht sei dem erkennenden Gericht die Befugnis zur unmittelbaren Wahrnehmung des Augenscheins,

---

[34]) Stenglein, Comm. Note 1 zu § 86.

[35]) Glaser, Lb. I, 663 ff, 656 Anm. 2; unklar auch Hellweg, Lb. 234, 235.

[36]) Vgl. v. Kries, Lb. 408.

[37]) S. Glaser selbst, a. a. O. 661, 664, Anm. 10; vgl. auch oben S. 12 ff.

allerdings aus teils unhaltbaren, teils nicht immer zutreffenden Gründen — es war davon die Rede, daß der Vorgang mit der „Würde" des Gerichts nicht vereinbar sei — abgesprochen worden; auch sei von einem Augenscheinsprotokoll, welches bei Einnahme des Augenscheins durch das erkennende Gericht abgefaßt werden solle, in der Strafprozeßordnung nicht die Rede.

Man mag nun mit Löwe-Rosenberg[38]) und Puchelt[39]) zugeben, daß die Vorschriften über den Augenschein diesen Fall gerade nicht im Auge haben, keinesfalls ist es aber richtig, zu sagen, daß diese Vorschriften nicht auf den vom erkennenden Gericht eingenommenen Augenschein passen[40]). Denn unwichtig für die Charakteristik der Augenscheinseinnahme ist das Protokoll; § 86 StPO. bestimmt über Zulässigkeit und Form des Augenscheins lediglich:

> „Findet die Einnahme eines richterlichen Augenscheins statt, so ist im Protokoll der vorgefundene Sachbestand festzustellen und darüber Auskunft zu geben, welche Spuren oder Merkmale, deren Vorhandensein nach der besonderen Beschaffenheit des Falles vermutet werden konnte, gefehlt haben."

Damit ist aber nur eine Vorschrift über die Erfordernisse eines Augenscheinsprotokolls gegeben, sofern ein solches aufgenommen wird, damit es später in der Hauptverhandlung zur Verlesung gebracht werden kann, nicht ist damit gesagt, daß ein Protokoll über die Augenscheinseinnahme abgefaßt werden müsse. Die herrschende Meinung[41]) läßt eine Augenscheinseinnahme durch das erkennende Gericht unbedenklich zu, nachdem überdies die Motive es zur Vermeidung von Mißverständnissen für geboten hielten, hervorzuheben, daß die Vorschriften über die einzelnen Untersuchungshandlungen auf alle Stadien des Verfahrens Anwendung finden können[42]), und insbesondere daß die Strafprozeßordnung es keineswegs für unzulässig erachtet, daß das erkennende Gericht in Begleitung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten sich selbst an Ort und Stelle begibt, um unmittelbar einen Augenschein einzunehmen. „Wo eine solche Maßregel ausführbar ist", besagen die Motive wörtlich[43]), „wird sie sogar der Unmittelbarkeit der Anschauung wegen vor der Augenscheinseinnahme durch den beauftragten Richter den Vorzug verdienen".

Diesem Zweifel begegnen die Entwürfe[44]). Entwurf III bestimmt in seinem § 104, der an die Stelle des jetzigen § 86 StPO. treten soll:

---

[38]) Löwe-Rosenberg, Comm. 1a zu § 86.
[39]) Puchelt, Comm. 3 zu § 86.
[40]) Vgl. Glaser, a. a. O., 667.
[41]) Löwe-Rosenberg, Comm. 1a zu § 86; Stenglein, Comm. 2 zu § 86; Geyer, Lb. 486; Gerland, Lb. 231; Bennecke-Beling, Lb. 337.
[42]) Hahn, a. a. O. I, 34.
[43]) Hahn, a. a. O. I, 182.
[44]) Entwurf I, Entwurf II § 83, Abs. 1; über das Zustandekommen der Entwürfe siehe S. 69 ff.

„Die Ergebnisse eines Augenscheins außerhalb der Hauptverhandlung sind in der Niederschrift festzustellen; nötigenfalls sind Abbildungen anzufertigen und beizufügen."

Eindeutig ergibt sich daraus, daß auch eine Augenscheinseinnahme von seiten des erkennenden Gerichts innerhalb der Hauptverhandlung und zwar ohne Protokollierung der Beobachtungen statfinden kann.

Auch die Praxis[45]) vertritt diesen Standpunkt, und man kann ihr bedenkenlos folgen, mag man nun mit John, Rupp u. a.[46]) der Ansicht huldigen, das Prinzip der Unmittelbarkeit gelte auch bezüglich der Einnahme eines Augenscheins, abgesehen von den Fällen, in welchen das erkennende Gericht die Augenscheinseinnahme selbst vorzunehmen außerstande ist (z. B. infolge der Vergänglichkeit von Spuren) oder mag man sich zu denen bekennen, die in der Augenscheinseinnahme eine grundsätzliche Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips sehen wollen[47]). — Es handelt sich hierbei um nicht viel mehr als um einen Streit um Worte; ich beschränke mich deshalb auch darauf, die Ansicht Möhrings[48]) anzuführen. Er hält es z. B. dann nicht für eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips, wenn mit der Vornahme eines Augenscheins ein beauftragter oder ersuchter Richter betraut wird, und zwar deshalb, weil der Richter in diesem Fall als amtlich berufener Vermittler Vertreter des entscheidenden Gerichts sei, und das über die Augenscheinseinnahme hergestellte Protokoll seinem Inhalt nach als antizipierte Beweisaufnahme durch das Gericht erscheine. Unterstellen wir die Argumente Möhrings als richtig, so müssen wir ihm doch entgegenhalten, daß, obgleich sich der Beweis durch das Augenscheinsobjekt nunmehr nicht etwa in einen Beweis durch schriftliche Aussagen des Richters als Zeugen oder gar in einen Urkundenbeweis verwandelt, in der Verlesung des Augenscheinsprotokolls vor dem erkennenden Gericht eine Art der Beweisvermittlung vorliegt, die eben durch die Benutzung und Verlesung des Protokolls von der Regel der Unmittelbarkeit abweicht.

Man war früher gewohnt, den Augenschein selbst als Beweismittel aufzufassen und mit den Zeugen, Urkunden usw. auf eine Linie zu stellen[49]). Erst später wurde der in jener Auffassung liegende logische Fehler klargestellt und ist erwiesen worden, daß die Augenscheinseinnahme Beweisaufnahme (parallel dem Verhör beim Zeugen) und

---

[45]) R.G.E. 26, 277.

[46]) John, Com. I, 271; Rupp, D. Bew. i. Strafverf. 169; Thilo, Comm. 4 zu § 86.

[47]) Glaser, v. Holtz. Hdb. I, 663; vgl. Gerland, Lb. 173, 366 und Anm. 627; v. Kries, Lb. 347, 414 ff. Hegler, Rechtsgang, Jg. I, 414.

[48]) Möhring, a. a. O., 17.

[49]) Birkmeyer, Lb. 413; v. Holtzendorffs Hdb. I, 228; Mittermaier, Strafverf. I, 537, 540: „Der Augenschein als ein zur Erfahrung der Wahrheit vorzüglich dienendes Beweismittel . . ."

das der Beweisaufnahme entsprechende Beweismittel das Augenscheinsobjekt ist [50]).

Eine Abgrenzung der Augenscheinsobjekte gibt es nicht. Augenscheinsobjekte können sein alle Gegenstände, an denen sinnliche Wahrnehmungen gemacht werden können, gleichgültig, ob es sich um unbewegliche oder bewegliche Sachen oder um den Körper lebender Personen handelt [51]) [52]). Sie unterscheiden sich aber von den Beweismitteln Urkunden, Zeugen und Sachverständigen dadurch, daß sie „in anderer Weise als durch ihren gedanklichen Inhalt Beweis erbringen" [53]); niemals geben sie eine Beschreibung eines Vorgangs, einer Sache oder einer Person, sondern beweisen immer nur durch ihre Existenz, Beschaffenheit und Eigenschaften oder durch ihr räumlich-zeitliches Verhältnis zu anderen Objekten oder Subjekten.

Gerade deshalb kann auch der Mensch den Charakter eines sachlichen Beweismittels annehmen, wo er nur seiner Substanz nach, nicht aber intellektuell als Beweismittel zu Beweiszwecken verwertet werden soll. Die Vorführung eines lebenden Menschen erbringt den besten Beweis dafür, daß er nicht getötet ist, der körperliche Zustand einer Person kann bei der Beurteilung einer Körperverletzung von entscheidender Bedeutung sein. — Rosenmeyer [54]) meint zwar, die Möglichkeit einer Augenscheinseinnahme am lebenden menschlichen Körper besonders begründen zu müssen: Die richterliche Leichenschau sei vom Gesetz als besonderer Fall des Augenscheins behandelt, es wäre nicht einzusehen, warum die Leiche Augenscheinsobjekt sei, der menschliche Körper aber nicht, denn die Majestät des Todes könne ebensogut dagegen sprechen, wie das oft zitierte nicht zu verletzende Schamgefühl des Lebenden. Rosenmeyer übersieht aber dabei, daß das Schamgefühl der prozessualen Zulässigkeit einer Augenscheinseinnahme am lebenden menschlichen Körper an und für sich nicht entgegensteht, sodann, daß man den Leichnam — eine Sache — nicht mit der Person auf die gleiche Stufe stellen kann. Nachdem aber der Kreis der Augenscheinsobjekte vom Gesetz in keiner Weise eingeschränkt wurde, bedarf es auch gar keiner besonderen Begründung mehr, denn es kommt bei der Augenscheinseinnahme am lebenden

---

[50]) Bennecke-Beling, Lb. 336, Anm. 3; John, Comm. I, 794; Ders., Z. St. W. Bd. 4, 10; Wach, Krit. Vierteljahrs-Z. 1872, Bd. 14, 335; Mayer, a. a. O., 7; v. Kries, Z. St. W. Bd. 6, 195.

[51]) Beling, Z. St. W. Bd. 15, 474; Bennecke-Beling, Lb. 335; Löwe-Rosenberg, Comm. 2 zu § 86; Dochow, StPO. § 58; v. Kries, Lb. 409; Ders. Z. St. W. Bd. 6, 146; Dohna, Strafpr. R. 101, u. a.

[52]) Unter den Sachen können Augenscheinsobjekte insbesondere auch solche sein, welche an sich zur Führung eines Urkundenbeweises geeignet sind.

[53]) R.G.E. 47, 106; 36, 317; 30, 329; v. Kries, Z.St.W. 6, 146; dagegen Frank, Lb. Bem. II zu § 267 StGB. und die dort zitierten.

[54]) Rosenmeyer, Ger.S. Bd. 63, 45; vgl. auch v. Kries, Z.St.W. Bd. 6, 147.

menschlichen Körper nicht auf die Eigenschaften an, die den Menschen gerade zum Menschen machen, sondern nur auf die objektive Beschaffenheit des zu besichtigenden Körpers an sich. Wird die Persönlichkeit vom Körper abstrahiert, so kann der lebende wie der tote Körper Augenscheinsobjekt sein.

Zusammenfassend stellen wir nunmehr fest:

Augenscheinseinnahme im Sinne der Strafprozeßordnung ist diejenige Prozeßhandlung, durch welche der Richter in der Form einer Beweisaufnahme von sachlichem Beweismaterial Kenntnis nimmt.

§ 4.

Prozessuale Vorschriften.

Der richterliche Augenschein kann in jedem Stadium des Verfahrens eingenommen werden. Zuständig ist im Vorbereitungsverfahren der Amtsrichter (§§ 162, 165, 166 StPO.), in der Voruntersuchung der Untersuchungsrichter oder der von ihm ersuchte Amtsrichter (§§ 193, 195, 185 StPO.), im Hauptverfahren das erkennende Gericht[55]) oder ein ersuchter oder beauftragter Richter (§§ 202, 224, 225 StPO.).

Ob und wie der richterliche Augenschein einzunehmen sei, darüber gibt die Strafprozeßordnung keine Vorschrift[56]); sie erklärt weder in einzelnen Fällen den Augenschein für erforderlich noch auch für ratsam. § 86 beschränkt sich nur auf eine Vorschrift darüber, was das Protokoll über die Augenscheinseinnahme enthalten soll, falls eine solche stattfindet. Zunächst steht den Beteiligten das Recht zu, Augenscheinsobjekte in die Hauptverhandlung mitzubringen, und die Beweisaufnahme muß sich alsdann in der Regel auch auf sie ersrecken, (§ 245 StPO.). Sonst aber überläßt es angesichts des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung das Gesetz dem richterlichen Ermessen sich von dem sachlichen Beweismaterial durch Augenschein oder in anderer Weise, also z. B. durch Schilderung der Zeugen, Kenntnis zu verschaffen[57]).

Ist zu dem Augenschein eine besondere Sachkenntnis vonnöten, so kann der Richter es zwar vorziehen, die Augenscheinseinnahme einem Sachverständigen zu übertragen und seiner Urteilsbildung dessen Zeugnis in der Hauptverhandlung zu Grunde legen, indessen wird er aber — „um sich nicht die vorzüglichste Quelle seiner Überzeugung zu rauben" —[58]) nach Möglichkeit den Augenschein selbst einnehmen und zu seiner Unterstützung einen Sachverständigen beiziehen.

Ausdrücklich bestimmt ist dies in den Fällen der Leichenschau (§§ 87,

[55]) Vgl. oben S. 28, 29.

[56]) Hahn, Mat. I, 121.

[57]) RGE. 14, 276 ff.; 21, 225; 31, 138; 47, 103; Recht Bd. 24, Nr. 1773; LZ. 1914, Jg. 8, Sp. 932, Nr. 27; Vgl. dagegen Gerland, Ger.-S. Bd. 69, 286 ff.

[58]) Mittermaier, a. a. O. I, 564 ff.

91 StPO.). Auch der Beschuldigte seinerseits kann zu der Augenscheinseinnahme Sachverständige zuziehen, und der Richter hat, falls von ihm überhaupt eine Zuziehung von Sachverständigen beschlossen worden ist, den vom Beschuldigten Benannten die Teilnahme an dem Augenschein zu gestatten, wenn dadurch nicht die Tätigkeit der vom Richter bestellten Sachverständigen behindert wird (§ 195 Abs. 2).

Da, wie wir gesehen haben, die richterliche Augenscheinseinnahme ein Akt der Beweisaufnahme, ein „antizipierter Teil der Hauptverhandlung" ist[59]), müssen dementsprechend den Prozeßbeteiligten grundsätzlich auch dieselben Rechte beschieden sein, wie in der Hauptverhandlung. Es ist also der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und seinem Verteidiger (§§ 169, 193, 224, 225 StPO.), dem Privat- und Nebenkläger (§§ 385, 397 StPO.) die Anwesenheit zu gestatten. Aus dem Recht zur Anwesenheit bei der Beweisaufnahme ergibt sich ohne weiteres auch das Recht auf Mitwirkung und Gestaltung, spricht doch § 193 Abs. 1 StPO. ausdrücklich von einer „Verhandlung"[60]).

Keinesfalls ist aber die Anwesenheit der Parteien erforderlich. Das Gesetz selbst schließt in § 193 Abs. 4 StPO. den Anspruch auf Anwesenheit des nicht auf freiem Fuße befindlichen Beschuldigten bei der Augenscheinseinnahme aus und bestimmt in Abs. 5, daß die zur Anwesenheit Berechtigten keinen Anspruch auf Verlegung des Termins wegen Verhinderung haben. Der Grund hierfür liegt nahe. Könnte ein Augenschein nur unter Beteiligung der Parteien eingenommen werden, so wäre sicherlich der wichtigste Fall, die Besichtigung des Tatorts und der Gegenstände sofort nach dem Bekanntwerden der Tat illusorisch gemacht, da ein Beschuldigter in diesem Stadium des Verfahrens meist noch gar nicht vorhanden ist.

Immer hat bei der Augenscheinseinnahme außerhalb der Gerichtsstelle ein Gerichtsschreiber mitzuwirken und zwar gleichgültig, in welchen Phasen des Verfahrens der Augenschein stattfindet, da sonst einer solchen Augenscheinseinnahme die Bedeutung eines gerichtlichen Augenscheins überhaupt nicht beiwohnen würde (§§ 168, 187 StPO.)[61])[62]).

---

[59]) Heß und Wolffson in den Reichstagsverhandlungen bei Hahn, Mat. I, 787.

[60]) Bennecke-Beling, Lb. 509; Gerland Lb. 233; Stenglein, Comm. 4 zu § 86; John, Comm. II, 507; Keller, StPO. 222; Puchelt, StPO. 342; Geyer, Lb. 439; Glaser, Hdb. I, 380; Voitus, Comm. 228; derselbe Controv. II, 110; v. Kries, Lb. 376; Kohler, Ger.-S. 53, 246; Holtz, z. Hdb. I, 482; Horn, ZStW. 29, 78; vgl. auch RGE. 31, 136, wo an dem Recht der Parteien auf Mitwirkung kein Anstoß genommen wurde.

[61]) RGE. 26, 277: „die Vorschrift des § 86 über protokollmäßige Feststellung des vorgefundenen Sachbestandes steht in engstem Zusammenhang mit den Schlußworten des § 249 StPO. Diese greifen nur Platz in den Fällen, wenn die Einnahme des Augenscheins im Vorverfahren oder wenn sie im Hauptverfahren nach Maßgabe des § 225 StPO. stattgefunden hat."

[62]) Das Protokoll kann ergänzt werden durch Zeichnungen, Photographien usw., bei denen sich aber die Zugehörigkeit zum Protokoll einwandfrei ergeben muß; E. 36, 55; 47, 235; vgl. auch Entwurf III, § 104; vgl. auch S. 20.

In den neuen Entwürfen ist ausdrücklich bestimmt, daß die Prozeßbeteiligten bei allen Beweisterminen, denen sie beiwohnen, befugt sind, den Zeugen und Sachverständigen Fragen vorlegen zu lassen, soweit diese nach dem Ermessen des Gerichts zur Aufklärung der Sache dienlich sind (Entwürfe I, II § 168 Abs. 4, III § 30). Nach den Motiven dieser Entwürfe soll durch diese Bestimmung eine bereits bestehende Befugnis „außer Zweifel" gesetzt werden[63]). Sonst aber haben es die Entwürfe bezüglich der Anwesenheit der Parteien bei der in der Strafprozeßordnung getroffenen Regelung belassen. Entwurf III bringt in seinem § 29 nur die Änderung, daß Termine zur Augenscheinseinnahme wegen Verhinderung eines Beteiligten verlegt werden können, wenn dies ohne Nachteil und Aufenthalt für die Sache geschehen kann.

Es wäre jedoch angebracht gewesen, diese Vorschriften in größerem Maße einer Revision zu unterziehen. Als Mangel wird empfunden, daß bei einer ohne Anwesenheit des Beschuldigten stattfindenden Augenscheinseinnahme die Interessen des Beschuldigten nicht genügend wahrgenommen werden können, und daß dem Beschuldigten, gegen den später das in seiner Abwesenheit aufgenommene Protokoll in der Hauptverhandlung verwertet werden soll, meistens keine Möglichkeit mehr offen steht, jenen Augenscheinsbeweis abzuschwächen, zumal wenn es sich um vergängliche Spuren handelt. Dies wäre aber seinem Verteidiger oder ihm vielleicht ein Leichtes geworden, sobald ihm die Möglichkeit der Teilnahme geboten gewesen wäre. Das englische Recht sieht für solche Fälle vor, daß dem unbekannten Beschuldigten von Amts wegen ein Verteidiger bestellt wird, welcher bei den während des Verfahrens notwendigen Untersuchungshandlungen die Belange des Beschuldigten wahrzunehmen hat. Zu begrüßen wäre es, wenn auch die Entwürfe nach englischem Vorbild eine entsprechende Vorschrift getroffen hätten oder noch treffen würden.

§ 5.

Pflicht zur Duldung einer Augenscheinseinnahme.

1. Herrschende Meinung.

Verschieden von der beweisrechtlichen Statthaftigkeit des Augenscheins ist die Frage, ob der Befugnis des Gerichts zur Einnahme desselben eine Pflicht des Betroffenen zur Duldung gegenüber steht.

Ausdrücklich ausgesprochen ist eine derartige Pflicht in der Strafprozeßordnung nicht. Folgt sie aber nicht schon daraus, daß dem Richter anheim gegeben ist, durch den Augenschein Beweis zu erheben?

[63]) Begründung Entwurf I, 259; II, 129; III, 36.

Rintelen, Schwartze, Keller, Birkmeyer und Hellweg nehmen zu dieser Frage überhaupt keine Stellung. Die Mehrzahl der Autoren prüft die Duldungspflicht im Zusammenhange mit dem Augenschein am lebenden menschlichen Körper und erklärt sie allgemein als ein Gebot der absoluten Notwendigkeit, da ohne solche in einem großen Teil der Fälle die Ermittlung der materiellen Wahrheit und die Ausübung der Strafrechtspflege vereitelt werden würde, oder als ein Korrelat der dem Richter gesetzlich eingeräumten Befugnis.

Während v. Bomhard-Koller[64]) die Duldungspflicht ohne Begründung als gegeben hinnimmt, bezeichnet sie Ullmann[65]) als eine prozessuale Notwendigkeit; gleicher Ansicht ist Spitznagel[66]). Glaser[67]) drückt sich in der Abhandlung über „richterliche Zwangsgewalt" folgendermaßen aus: „was die Grenzen der anzuwendenden Zwangsgewalt betrifft, so muß anerkannt werden, daß das Gericht ein Recht hat, dasjenige zu tun, was unbedingt nötig ist, damit sie (die Beamten) ihres Amtes walten können und nötigenfalls Gewalt anzuwenden, wenn sie dabei auf Widerstand stoßen . . . Als selbstverständlich wird angesehen, daß das Gericht sich einer Leiche bemächtige oder Grund und Boden eines Privaten betritt, um Besichtigungen vorzunehmen und dergleichen. Im allgemeinen kann nur gesagt werden, daß das Gericht, um zu tun, was es tun müsse, keiner besonderen Legitimation bedürfe, daß es, wo es zu diesem Zweck Gewalt anwenden müsse, gegen aktiven Widerstand durch das Strafgesetz geschützt sei."

Geyer stellt in Anlehnung an den gemeinrechtlichen Satz l. 2. D. II. 1. fest, daß die gesetzliche Anerkennung des Zwecks auch die notwendigen und nicht verwerflichen Mittel zur Durchführung in sich schließe[68]). v. Kries[69]) anerkennt insoweit eine Duldungspflicht als bestehend an, als eine Beschlagnahme geduldet werden müsse; bezüglich der Augenscheinseinnahme am lebenden menschlichen Körper sei es ein Mangel unserer Strafprozeßordnung, daß sie nicht wie ältere Gesetze die Verpflichtung ausdrücklich ausgesprochen habe; das praktische Bedürfnis fordere aber gleichwohl diese Verpflichtung

---

[64]) v. Bomhard-Koller, Comm. 4 zu § 86.

[65]) Ullmann, Lb. 339, 340.

[66]) Spitznagel, Diss., 29: der Richter habe zu einer auf die Unterwerfung unter die Gerichtsgewalt gerichteten Handlung, d. h. zur Anwendung des prozessualen Zwangsmittels insoweit ein Recht, als dieselbe ein notwendiges Mittel zur Ausübung der Kriminalgerichtsbarkeit sei.

[67]) Glaser, Hd. II, 273 ff.; ähnlich v. Marquardsohn, RT. Verh. Sten.-Ber. 1895/97, 5. Bd., 3406.

[68]) Geyer, Lb. 207; ebenso Dalcke, StPO. 5 zu § 86, S. 64: „Hat das Gesetz dem Richter das Recht zur Einnahme des Augenscheins nach seinem Ermessen gegeben, so hat es damit auch für jedermann die Pflicht statuiert, die Augenscheinseinnahme zu dulden"; Müller, Bay. Z. 1905, 449.

[69]) v. Kries, Lb. 410; ebenso v. Thilo, Comm. S. 112 (weil sich mit § 95 nicht immer der Untersuchungszweck erreichen lasse); Puchelt, Comm. 4 zu § 86.

in so gebieterischer Weise, daß man sich ihrer Zulässigkeit nicht verschließen könne.

Gegen Ullmann, Glaser, v. Kries u. a. führt Frank[70]) ins Feld, daß man auf Grund allgemeiner Erwägungen schließlich alles rechtfertigen und ausdrückliche Gesetzesbestimmungen entbehren könne. Auch der Grundsatz, den Geyer zur Begründung seiner Ansicht heranzieht, hat für das heutige Recht keine Geltung mehr. Mag wohl Mittermaier[71]) für den gemeinen Prozeß noch Recht gehabt haben, als er dem Staatsbürger eine Verpflichtung „die Kriminaljustiz und die Entdeckung der Verbrechen nicht zu stören und zu vereiteln" auferlegte, so genügen doch bei den heutigen gewandelten Anschauungen von Staat und Bürger solche Erwägungen nicht mehr, um aus den Rechten des Staates eine korrespondierende Pflicht des Bürgers zu begründen. Beling[72]) sagt mit Recht: „Mögen in den früheren Zeiten die Interessen des Einzelnen im Strafprozeß leichter gewogen haben: der moderne Staat gibt seine Bürger nicht schutzlos jeder Härte preis, welche im Prozeß notwendig oder wünschenswert erscheint, um die Entdeckung der Wahrheit zu sichern. Was der Staat nach dem heutigen Stande des Rechts für prozessual unentbehrlich hält, das sagt er uns durch sein positives Recht. Letzteres durch angebliche Rücksichten oder Praktibilität zu korrigieren oder zu ergänzen, ist unangängig".

Glaser[73]) bejaht die Duldungspflicht auf Seiten des Betroffenen nicht nur aus dem Grunde, weil dem Gericht das Recht zustehe, Mittel zum Zwecke der Erfüllung seiner Aufgaben in Anwendung zu bringen, sondern auch gerade deshalb, weil ihm hiezu das Recht mit verbindlicher Kraft eingeräumt sei; zwar sei eine Zwangspflicht, den Augenschein zu dulden, im Gesetz nicht statuiert, doch könne an dem Recht der Behörden zur Vornahme desselben auch wider Willen des Betroffenen nicht gezweifelt werden, da diese Untersuchungshandlungen den Behörden zur Pflicht gemacht worden seien. Löwe-Rosenberg sagt, die Pflicht zur Duldung eines Augenscheins folge daraus, daß das Gesetz den Augenschein als Mittel zur Erforschung von Tatsachen anerkannt und den Richter demgemäß zur Benutzung dieses Beweismittels für befugt erklärt habe[74]). Rosenmeyer[75]) faßt kurz zusammen: „Das Gesetz erkennt das Augenscheinsrecht ausnahmslos an; § 86 spricht allgemein davon, daß Augenschein eingenommen werden könne. Die Bestimmung genügt, um auf Seiten des Betroffenen eine Verpflichtung zu konstruieren".

---

[70]) Frank, ZStW. Bd. 12, 333; Herrmann, a. a. O., S. 33.
[71]) Mittermaier, Lb. I, 542; derselbe, Lehre v. Bew., 173.
[72]) Beling, ZStW. Bd. 15, 487.
[73]) Glaser, Holtz. Hdb. III, 2403 ff.
[74]) Löwe-Rosenberg, Comm. 3a zu § 86; ebenso Geyer, Lb. 488; Rosenmeyer, Ger.-S. Bd. 63, 46; Pechwell, a. a. O., 268 zu § 222; vgl. Planck, Darst. Strafv. 223 ff.; Zachariä, II, 218.
[75]) Rosenmeyer, a. a. O., 46.

Ähnlich begründet das Reichsgericht in dem Urteil vom 11. Juni 1886 seine Ansicht. Mit der Berechtigung zu dem Akte sei den Organen der Strafrechtspflege auch die Befugnis zur Überwindung eines entgegengesetzten Widerstandes gegeben, insoweit das Gesetz nicht Einschränkungen vorsehe. Schranken seien der Augenscheinseinnahme aber durch die Vorschriften des § 95 ff StPO. insoweit gesetzt, als ihr eine Beschlagnahme des in Augenschein zu nehmenden Objekts oder eine Durchsuchung vorausgehen müsse. Die im „Recht" (Jg. 1902, 514) mitgeteilte Entscheidung vom 18. September 1902 betont ebenfalls nur im allgemeinen das „Recht des Richters auf Augenscheinseinnahme", dem durch die Vorschriften der §§ 94 ff mehrfache Schranken gezogen seien [76]). Indessen läßt sich aber aus der „Justizhoheit" des Staates — diesen Begriff scheint sich das Reichsgericht, wie auch Wilmowsky-Levy [77]) zu eigen machen zu wollen — eine Pflicht zur Duldung eines jeden, an sich berechtigten Aktes nicht herleiten, denn Justizhoheit ist begrifflich nur eine Abstraktion für Handhabung der Rechtsgewalt, deren Umfang und konkreter Inhalt erst durch das positive Recht bestimmt wird [78]). Auch v. Kries [79]) weist darauf hin, daß der Ausdruck „an sich berechtigt" nichts anderes sei als ein deutliches Sophisma, das über den Ursprung der Berechtigung nichts aussage. Doch abgesehen davon können auch wir uns zu einer solchen Begründung der Augenscheinsduldungspflicht deshalb nicht verstehen, weil § 86 eben nicht das Duldenmüssen ausspricht, sondern nur eine Verfahrensvorschrift für den Richter ist. Mit Beling [80]) können wir es für geboten halten, daß, ehe man zu dem Schlusse kommt „mit der Berechtigung zu dem Akte ist den Organen der Strafrechtspflege auch die Befugnis zur Überwindung eines entgegengesetzten Widerstandes gegeben" (RG.), zuvor nachgewiesen werden muß, daß die Berechtigung zur Augenscheinseinnahme nicht lediglich ihre Stellung im Beweisrecht hat, sondern einen publizistischen Anspruch der öffentlichen Gewalt gegen die der Gerichtsbarkeit Unterworfenen enthält.

Ferner hat Bennecke [81]) recht, wenn er sagt, daß die „Berechtigungen" der Organe nicht einmal allgemein eine Verpflichtung zur Kehrseite haben. So ist z. B. der Staatsanwaltschaft nach § 161 StPO. das Recht eingeräumt, Zeugen zu vernehmen, jedoch ist anerkanntermassen niemand verpflichtet, sich von ihr verhören zu lassen [82]). John [83])

[76]) RGE. 14, 192; Rspr. VIII, 454 ff.; vgl. E. 42, 440; 19, 366.

[77]) Wilmowsky-Levy, Comm. z. CPO., 1. Aufl., S. 288; s. dagegen 7. Aufl., S. 574.

[78]) Vgl. Beling, ZStW. Bd. 15, 484; Möhring, a. a. O., 25.

[79]) v. Kries, Lb. 410, Anm. 2.

[80]) Beling, ZStW. Bd. 15, 491, 492; vgl. ebenso v. Kries, Lb. 410, Anm. 2; Herrmann, a. a. O., 26.

[81]) Bennecke, Lb. 376, Anm. 10.

[82]) Löwe-Rosenberg, Comm. 3b zu § 161; RG. in Goltd. A. 62, 342 u. a.

[83]) John, Comm. I, 724; ebenso Bennecke, Lb. S. 376, 265.

weist insbesondere darauf hin, daß sich das Gesetz auch beim Zeugen- und Sachverständigenbeweis nicht damit begnügt habe, lediglich die Zulassung auszusprechen und damit die Zeugnispflicht stillschweigend zu begründen, sondern die Pflicht zur Zeugnisleistung, zur Erstattung eines Gutachtens, desgleichen die Editionspflicht ausdrücklich festgestellt und zugleich bestimmt habe, durch welche Mittel die Erfüllung der Pflicht erzwungen werden könne, §§ 70, 77 StPO.

Bei dieser im großen und ganzen überzeugenden Beweisführung wäre aber allein der Gesichtspunkt, weil beim Augenschein entgegen den Bestimmungen beim Zeugen- und Sachverständigenbeweis die Angabe eines Zwangsmittels fehle, stehe dem Richter eine Machtbefugnis, die ein Duldenmüssen des Betroffenen zur Folge hat, nicht zu, nicht durchschlagend. Je nach der Art des zu erzwingenden Verhaltens kennt unsere Strafprozeßordnung das Mittel des physischen Zwangs (vis absoluta) oder des psychischen Zwangs (vis compulsiva). Zeugen- und Sachverständigenbeweis enthalten eine Verpflichtung zu einem facere; die Verpflichtung zur Duldung eines Augenscheines besteht in einem pati. Das natürliche Zwangsmittel ist die vis absoluta. Diese ist wohl geeignet, ein pati zu erzwingen, doch kann sie nicht die Möglichkeit einer Handlung erschließen[84]). Während also beim Zeugen- oder Sachverständigenbeweis der Richter sich ohnmächtig sah, seine gesetzlich eingeräumte Befugnis mit Hilfe der vis absoluta durchzusetzen, und es daher ausdrücklicher Normierung der anzuwendenden psychischen Zwangsmittel bedurfte, da sonst dem Richter eine allzu große Gewalt eingeräumt und der richterlichen Willkür der Boden geebnet worden wäre, ist dies im Falle der Augenscheinseinnahme ebensowenig vonnöten, wie es im Falle des § 114 StPO. notwendig war, festzustellen, durch welche Mittel die Einlieferung in das Gefängnis erreicht werden kann. Denn ist dem Richter eine Machtbefugnis verliehen, die er mit Hilfe der absoluten Gewalt durchzusetzen vermag, so liegt darin auch schon das Recht, sie zur Anwendung zu bringen und es versteht sich von selbst in solchen Fällen, daß der Gesetzgeber nicht noch einmal feststellt, daß das Mittel des anzuwendenden Zwanges die vis absoluta ist. Eine solche Feststellung wäre nur eine Wiederholung[85]). Nicht zu vergessen ist aber, daß eben diesen Machtbefugnissen, die mit Hilfe der vis absoluta durchgeführt werden können, wesentlich sein muß, daß sie in der Regel auch zwangsweise vorgenommen werden, d. h. daß sie an sich schon einen Zwangscharakter tragen wie die Beschlagnahme, Durchsuchung oder Verhaftung, nicht aber kommen Fälle in Frage, in denen dem Richter lediglich ein subjektives Recht zur Vornahme einer Handlung erteilt wurde, dieses Recht sich aber nicht ohne weiteres als Zwangsrecht charakterisiert.

---

[84]) Vgl. Binding, Normen, 3. Aufl., 491.

[85]) Vgl. Rosenmeyer, a. a. O., 47; Kreß, a. a. O., 179; Mayer, a. a. O., 31, 33; Friedrichs, a. a. O., Bd. 19, 397.

Denn nicht jedes Recht ist erzwingbar und das Recht kann sich auch auf den freien Willen, ihm zu genügen, allein stützen wie z. B. das schon oben erwähnte Recht der Staatsanwaltschaft in § 161 StPO., Zeugen zu vernehmen [86]).

Wir müssen es daher verneinen, ganz allgemein eine Verpflichtung zur Duldung einer Handlung als Korrelat da anzunehmen, wo einer Behörde eine bloße Befugnis zur Vornahme derselben eingeräumt worden ist, und am geringsten kann eine solche aus dem § 86 StPO. selbst abgeleitet werden, da dort dem Richter überhaupt keine Machtbefugnis zugesprochen worden ist. — In dieser Vorschrift hat das Gesetz eine Pflicht zur Duldung der Augenscheinseinnahme nicht statuiert.

Angesichts des Schweigens unserer Strafprozeßordnung macht v. Kries [87]) den Versuch, die Pflicht zur Duldung einer Augenscheinseinnahme am lebenden menschlichen Körper in der geschichtlichen Entwicklung zu begründen und führt eine Reihe älterer Gesetzesbestimmungen an, in denen nach seiner Meinung die Duldungspflicht ausgesprochen war [88]). Er glaubt, daß es sich nicht dartun lasse, daß das Gesetz jene Verpflichtung durch konkludentes Schweigen habe beseitigen wollen. Erstlich läßt sich aber gerade an Hand der angezogenen Gesetzesbestimmungen aufweisen, daß die früheren Rechte eine ausdrückliche Bestimmung über die Verpflichtung zur Duldung des Augenscheins im allgemeinen und der körperlichen Besichtigung im besonderen nichts enthielten. Der Zweck der Bestimmungen war offensichtlich nur der, für eine sachgemäße Einrichtung des Beweisverfahrens den Weg zu weisen. Sodann muß aber eingewendet werden, daß es zur Zeit des jüngeren gemeinen Prozesses und des reformierten Strafprozesses schon gar nicht mehr als selbstverständlich angesehen wurde, daß dem Augenscheinsrecht auch eine Duldungspflicht entspreche [89]).

Doch abgesehen davon, daß bei Schaffung der Strafprozeßordnung kein allgemeiner partikularrechtlicher Satz existierte, demzufolge eine Pflicht zur Duldung eines Augenscheins bestand, so hätte doch einem solchen Satz, wie Beling [90]) richtig bemerkt, der § 6 EGStPO. entgegengestanden, der lautet: „Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, insoweit nicht in der Strafprozeßordnung auf sie verwiesen ist".

---

[86]) Binding, Normen, I, 493; vgl. Laband, Staatsrecht, III, 485; Löwe-Rosenberg, Comm. 3b zu § 161.

[87]) v. Kries, Lb. 410 und Anm. 1; vgl. auch Delius, a. a. O., 1255; Kreß, a. a. O., 201 ff.; Löwe-Rosenberg, Comm. 3 zu § 86 (sich stützend auf § 89 Einl. ALR.).

[88]) Vgl. oben S. 14 ff.

[89]) Mittermaier, D. Strafv. 424; Brauer, a. a. O., 605; vgl. oben S. 15.

[90]) Beling, ZStW. Bd. 15, 480 ff.

II. Abweichende Meinungen.

Da § 86 StPO. keinen speziellen Rechtstitel abgibt, einen Augenschein auch wider den Willen des Betroffenen durchzuführen, könnte man daran denken — und manche Autoren haben das auch versucht — die Augenscheinsduldungspflicht unter andere Rechtsinstitute zu bringen. Es lag nahe, eine Verpflichtung zur Duldung eines Augenscheins als in der Zeugnispflicht enthalten anzunehmen, da in den meisten Fällen die Personen, die einen Augenschein ihrer Person, Wohnung oder Sachen über sich ergehen lassen müssen, auch über die Ereignisse, die sich in ihrer Umgebung abgespielt haben, auszusagen imstande sein werden.

Brauer[91]) vertritt diesen Standpunkt mit der Begründung, daß die Angaben, die der Zeuge zu machen habe, nicht allein in gedanklichen Äußerungen, sondern auch in sichtbaren Spuren bestehen könne. Stenglein[92]) steht ihm zur Seite wenigstens für die Besichtigung von Personen. Von ihrem Standpunkt aus erklären diese Autoren auch den Augenscheinszwang als unstatthaft, als und insofern das Zeugnisverweigerungsrecht Platz greifen würde[93]).

Diese Ansicht erscheint jedoch unhaltbar. Gegen die Heranziehung der Zeugnispflicht zur Begründung einer Augenscheinsduldungspflicht ist hauptsächlich einzuwenden, daß die Wesensart des Zeugenbeweises völlig verschieden ist von der des Augenscheins. Eine gewisse Verwandtschaft zwischen Augenscheinsbeweis und Zeugenbeweis kann zwar nicht geleugnet werden. Der Zeuge sowohl, wie derjenige, der durch Gewährung einer Besichtigung seines Guts oder seines Körpers Beweistatsachen klarstellt, trägt zur Beweissammlung bei. Gleichwohl kann aber daraus noch nicht der Schluß gezogen werden, daß nunmehr die Vorschriften für die Zeugnispflicht auch auf die Pflicht zur Duldung einer Augenscheinseinnahme angewendet werden dürfen[94]). Denn die Verpflichtung des Zeugen besteht in einem facere, nämlich der wahrheitsmäßigen Aussage, beim Augenschein hingegen besteht die Verpflichtung des Betroffenen nur in einem Gewährenlassen, einem pati. „Der Zeuge ist nur schuldig, durch die Sprache mitzuteilen, was er weiß[95])." Die Pflicht des Zeugen beschränkt sich also nur auf die Eröffnung, die er dem Richter zu machen hat, spricht doch auch § 59 StPO. ausdrücklich von einem „vernommen werden", und die §§ 66. Abs. 2 und 3, 252 u. a. StPO. von einer „Aussage"; zu einer Duldung einer sonst in seine Interessensphäre eingreifende Handlung ist der Zeuge nicht verpflichtet. Dies ist auch der Standpunkt der herrschen-

---

[91]) Brauer, a. a. O., 605.
[92]) Stenglein, Comm. 5 zu § 86.
[93]) Stenglein, Comm. MGO. 177 trotz Ger.-S. 57, 17; vgl. auch Liszt, „Nation" Bd. 23, 339 ff.; Ehrenfreund, Goltd. A. 53, 24 ff.
[94]) Zustimmend Protokolle der Komm. Bd. I, 79.
[95]) Beling, a. a. O., ZStW. Bd. 15, 485; vgl. Zachariä, a. a. O., 182.

den Lehre die sich aber nicht allein gegen die Anwendung der Vorschriften über den Zeugenbeweis auf die der Augenscheinseinnahme, sondern auch gegen den Analogieschluß aus dem Zeugnisverweigerungsrecht wendet. So hat das RG. in seiner Entscheidung Band 19, S. 366 hervorgehoben, daß der Zeuge bei einer Augenscheinseinnahme sich lediglich passiv zu verhalten und das Resultat der Darlegung dritten Personen zu überlassen habe. Das Zeugnisverweigerungsrecht sei nur gegeben, um die Angehörigen nicht in eine allzu hohe Ansprüche an die Gewissenhaftigkeit stellende Zwangslage zu versetzen [96]). Das Gesetz beseitige nur die Versuchung zum Lügen, die ein Zeuge darin finden könnte, daß er zu seiner eigenen Schande preisgeben oder ein geschenktes Vertrauen mißbrauchen müßte. — Die Duldung einer Augenscheinseinnahme gibt nun zwar keine Gelegenheit zum Lügen und kann daher auch keine Kollision der Pflichten mit sich führen; ein Analogieschluß ist aber sowieso schlechthin ausgeschlossen [97]). Analogie kann nur möglich sein, solange sie sich in der Fortbildung des Rechts in der vom Gesetz eingeschlagenen Richtung bewegt [98]). Statuieren die Gesetze eine Ausnahme von der Regel und wollen damit einen besonderen, nicht mehr ausdehnbaren Fall treffen, so kann von einem Analogieschluß keine Rede mehr sein [99]). Denn ebensowenig, wie nach Abs. 1 des § 2 StGB. eine Bestrafung erfolgen darf auf Grund analoger Anwendung einer Strafvorschrift, weil die Strafe gesetzlich bestimmt sein muß, ebensowenig darf ein Eingriff in die persönliche Freiheit und die Privatrechtssphäre eines Menschen auf einen Analogieschluß gestützt werden [100]).

Eigentlich der erste, der unter der Herrschaft der neuen Strafprozeßordnung gegen die hergebrachte Meinung ankämpfte, das Gesetz statuiere mit der Zulassung einer obrigkeitlichen Handlung zugleich die Pflicht für den Betroffenen, sie zu dulden, war John [101]). Er stellte in seinem im Jahre 1884 erschienenen Kommentar die Frage: „Besteht eine allgemeine Pflicht — abgesehen von den Fällen der Durchsuchung, §§ 102, 103 StPP. — die Augenscheinseinnahme zu dulden?“ und führte aus, in der Tatsache, daß das Gesetz das Mittel der richterlichen Augenscheinseinnahme zur Erforschung der Wahrheit für zulässig erklärt habe, könne noch keine stillschweigende Begründung der Duldungspflicht liegen. Verpflichtungen, die einen Eingriff in die Privatsphäre des einzelnen enthielten, pflegten nicht still-

[96]) Ebenso RGE. 14, 191; 191; RG. in Goltd. A. 42, 400; Geyer, Lb. 556; Puchelt, Comm. 203; Keller, StPO. 115; Dohna, Lb. 113; Friedrichs, ZZP. 19, 406; Herrmann, a. a. O., 28; v. Schwartze, Comm. 226.

[97]) RGE. 14, 191; Laband, III, 173; John, Comm. I, 770; Thilo, Comm. § 95, Bem. 2, 5, 6; v. Wilmowsky, Jur. W. 79, 179; u. a.

[98]) Enneccerus, I, 1, § 53, II.

[99]) Geyer, Lb. 207; Beling, a. a. O., 491; Förster-Eccius, Preuß. Priv.-R. 7. Aufl., 75; Herrmann, a. a. O., 28.

[100]) So auch Hatschek, Jahrb. d. öff. R. 3, 26, Anm. 9.

[101]) John, Comm. I, 718 ff.

schweigend sondern ausdrücklich begründet zu werden; das Gesetz habe es ja auch beim Zeugen- und Sachverständigenbeweis für notwendig befunden, die Verpflichtung des Zeugen und Sachverständigen ausdrücklich festzulegen. Beim Augenschein sei dies nicht geschehen, es gebe deshalb keine andere Antwort als den Hinweis auf die §§ 94 ff StPO., insoweit diese Vorschriften auch von Augenscheinsobjekten handelten, „damit sei die Sache zu Ende".

Mit der Art dieses Hinweises sich zu befassen oder aus diesem Hinweis Folgerungen zu ziehen, hat John jedoch versäumt. Indessen steht aber soviel fest, daß sich die Analogie aus den schon oben erörterten Gründen zur Begründung des Satzes, daß jemand neben der Zeugnis- und Editionspflicht auch noch die Pflicht habe, sein Eigentum und seinen Körper der Erforschung darbieten zu müssen, nicht als brauchbar erweist.

Beling, in seiner Abhandlung „die Vornahme von Untersuchungen am lebendigen menschlichen Körper als Prozeßmaßregel" [102]) geißelt scharf die herrschende Lehre und begründet seinen Standpunkt mit treffenden Argumenten. Aus der beweisrechtlichen Zulässigkeit der Augenscheinseinnahme könne noch nicht ein Schluß gezogen werden auf eine entsprechende Duldungspflicht. Der Satz „was die Behörden legalerweise von den Privatpersonen verlangen, das müssen diese unweigerlich tun, bzw. dulden oder unterlassen" existiere nicht, was vom Gesetz schon dadurch anerkannt werde, daß es z. B. die ausdrückliche Festsetzung der Zeugnis- und Editionspflicht für notwendig erachtet und sich nicht mit der bloßen Normierung der richterlichen Zulässigkeit begnügt habe. Die Pflicht zur Duldung als „Staatsbürgerpflicht" sei nur eine allgemeine Floskel, die erst durch das geltende Recht Inhalt erlangen könne, auch die Unentbehrlichkeit könne nur de lege ferenda geltend gemacht werden usw. Selbst aus der Nichtanerkennung eines Entschädigungsanspruches als Äquivalent für die Duldung des Augenscheins, insbesondere der körperlichen Besichtigung und Untersuchung, während andererseits dem Zeugen und Sachverständigen ein solcher Anspruch ausdrücklich eingeräumt worden sei, lasse sich der Schluß rechtfertigen daß das Gesetz eine Duldungspflicht nicht habe vorschreiben wollen [103]). De lege lata erblickt aber Beling in den Vorschriften, welche von der Durchsuchung handeln, die Einzelvorschriften, die über die Pflicht zur Gestaltung einer Augenscheinseinnahme entscheiden.

Läßt man nun auch die Entschädigungspflicht außer Betracht, weil zumeist der von einem Augenschein Betroffene gleichzeitig als Zeuge in Betracht kommen und sowieso für seine Zeitversäumnis entschädigt werden wird, so bleibt doch von den Bedenken Belings's noch genügend übrig, um den Standpunkt der herrschenden Meinung zu erschüttern.

[102]) Beling, ZStW 15, 472 ff.
[103]) Vgl. auch Rosenmeyer, a. a. O., 63, 49.

III. Fortsetzung, eigene Stellungnahme.

Beling stellt den Satz auf: „nach jeder erheblichen Tatsache darf und zwar mit allen zu Gebote stehenden Mitteln geforscht werden“[104]), indem er aus der Tatsache, daß die Strafprozeßordnung nur in bestimmten Beziehungen die richterliche Forschungstätigkeit einengt, schließt, daß dieser Grundsatz ihr innewohne.

Doch nicht allein die Strafprozeßordnung, auch andere Rechtssätze können es in Abwägung der in Frage stehenden Interessen verbieten, Beweiserhebungen vorzunehmen. Selbst Beling gibt dies indirekt zu, wenn er ausspricht, daß im Sinne des heutigen kulturell entwickelten Rechts das Eigentum grundsätzlich unverletzlich und also jedes Schweigen der Strafprozeßordnung zugunsten des Eigentümers auszuwerten sei. Es müssen daher wohl noch andere Rechtssätze außerhalb der Strafprozeßordnung in Frage kommen, die sich hier dem Richter als Grenzen der Wahrheitserforschung entgegenstellen. Man nennt diese Rechtssätze allgemein Beweisverbote und versteht darunter solche, die entweder überhaupt eine bestimmte Tatsache dahingestellt zu lassen anbefehlen — obsolute Beweisverbote — oder bestimmte Beweismittel für unzulässig erklären — relative Beweisverbote[105]) —.

Die absoluten Beweisverbote scheiden von vornherein aus dem Kreis der Betrachtung aus. Wir haben schon darauf hingewiesen, daß die Augenscheinseinnahme prozessual zulässig ist. Im Falle eines absoluten Beweisverbotes wäre jedoch schon die prozessuale Anordnung an und für sich unzulässig. Überdies hat das geltende Recht nur in § 252 ein absolutes Beweisverbot aufgestellt[106]).

Das der richterlichen Forschungstätigkeit den Weg versperrende Beweisverbot kann in den ins Auge gefaßten Fällen also nur ein relatives sein. Verschiedenartige Rücksichten sind es, die das heutige Gesetz als Beweisverbote enthält und zum Teil schon im Laufe der vorliegenden Abhandlung berührt worden sind: die Rücksicht auf das Staatswohl, die Verwandtschaft, die Persönlichkeitssphäre, das Privateigentum und schließlich auch das anvertraute Geheimnis[107]). Für unsere Untersuchung werden natürlich nur die Verbote maßgeblich sein, die den Schutz des Privateigentums und der Freiheit der Person zum Gegenstand haben.

Rechtsmittel für den Schutz des Eigentums und der Persönlichkeitsrechte finden wir im BGB. Es ist hier aber einerseits nicht der Ort, auf die vielumstrittene Frage der Persönlichkeitsrechte einzugehen und andererseits befinden wir uns auf dem Boden des öffentlichen Rechts, und es mag dahingestellt bleiben, ob ein nicht auch

---

[104]) Beling, D. Beweisverb. a. Grenzen d. Wahrheitserforschg., a. a. O., 2.
[105]) Beling, a. a. O., 3.
[106]) Beling, a. a. O., 24.
[107]) Beling, a. a. O., 5.

öffentlich rechtlich sanktionierter Privatrechtstitel ein Beweisverbot enthalten kann.

Der Schutz des Privateigentums und der Persönlichkeitssphäre wird aber im heutigen Recht ausdrücklich gewährleistet in den Grundrechten der Reichsverfassung, Art. 114, 115 und 153 [108]). Diesen Schutz enthielten auch die früheren Landesverfassungen [109]); daß ihre Aufzählung in den jetzigen Landesverfassungen nicht wiederkehrt, beeinträchtigt aber ihre Geltung schon der reichsrechtlichen Geltung wegen nicht im mindesten.

Das Wesen und die Bedeutung der Grundrechte besteht darin — und darüber herrscht trotz der übergroßen Zahl von Streitfragen Einstimmigkeit — daß dem Untertan garantiert wird, daß weder eine Privatperson noch der herrschende Staat ohne einen gesetzlichen Titel in irgend welche Betätigungsfreiheiten der individuellen Handlungsfreiheit eingreifen darf [110]). Aber nicht die bloße Berufung auf eine allgemeine Befehls- oder Zwangsgewalt des Staates kann, wie die Mehrheit der herrschenden Meinung annimmt, die Grundlage für den gesetzlichen Titel abgeben, denn eine solche besteht ja nur dann und nur insoweit, als sie sich auf „Gesetz", auf einen Rechtstitel positiven Inhalts stützen kann. Deshalb dürfen auch Beschränkungen und Eingriffe in die Interessensphäre des Untertan auf Grund eines sogenannten Notrechts des Staates ohne Gesetz nicht erfolgen; ein „jus eminens", das den Staat ermächtigen soll, auch ohne besonderen Rechtstitel in rechtlich geschützte Gebiete einzugreifen, um Ziele zu erreichen, deren Erreichung im Interesse des Staates geboten erscheint, doch ohne diesen Eingriff nicht erstrebt werden können, ist, wie Anschütz sagt [111]), eine Utopie und verträgt sich nicht mehr mit den heutigen Anschauungen von Staat und Untertan.

Würde man — was jedoch sehr umstritten ist — nicht gerade die Berufung auf ein formelles Gesetz, sondern auch die Berufung auf allgemeine Rechtsgrundsätze für ausreichend erachten, so müßten diese Grundsätze gleichwohl von der rechtsbildenden Macht der Gewohnheit getragen sein [112]). Sieht man zunächst ganz davon ab, daß

[108]) RV. Art. 114, Abs. 1: „Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig". — Art. 115: „Die Wohnung jedes Deutschen ist für ihn Freistätte und unverletzlich. Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig". — Art. 153, Abs. 1: „Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen".

[109]) Vgl. oben S. 14, 15.

[110]) So auch „Grundrechte und Grundpflichten der RV., I, 15, 19, Handb. d. Staatsr. I, 277, II, 223; Anschütz, RV. 1929, 449 ff.

[111]) Anschütz, Verf.-Urk. 142; vgl. Jellinek, Allg. Staatsl. I, 350 ff.

[112]) Anschütz, RV., 1929, 195; Anschütz-Thoma, Handb. d. D. Staatsr. 1932, II, 231, 232; Anschütz, Verf.-Urk. 142, 143; Giese, Staatsr. 272; Schelcher, in Grundr. und Grundpfl. d. RV., III, 208 und Anm. 16; Arndt, Recht 1920, Bd. 24, 193; vgl. Jellinek, Verw.r. 1931, 123 ff.; Fleischer, Inst. 3. Aufl., 85; O. Mayer, Verw.r., 3. Aufl., I, 87 ff.

das Eigentum, die Wohnung und die Sicherheit der Person eine klare Rechtslage, also ein formelles Gesetz erheischt und nicht ein immerhin nicht zweifelsfreies Gewohnheitsrecht, um beschränkt zu werden, so ist doch schon aus dem Grunde von einem Gewohnheitsrecht zu sprechen nicht erlaubt, weil gerade die Frage, ob eine Duldungspflicht bestehe, in der Literatur seit Jahrzehnten stark umkämpft ist. Denn sollte auch die Praxis des RG. eine Ausübung der richterlichen Tätigkeit zu einer bestimmten Richtung hin zur Folge gehabt haben, so fehlt es doch an einer dauernden, allgemeinen Rechtsüberzeugung, einer „communis opinio".

Demnach können wir zusammenfassend verzeichnen: Nach jeder Tatsache darf und zwar mit allen zu Gebote stehenden Mitteln geforscht werden; soweit aber diese Forschungshandlungen des Richters Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte Gebiete bedeuten, sind sie nur zulässig, wenn sie sich auf Rechtssätze stützen können, die den Schutznormen dieser Gebiete gegenüber derogierenden Charakter tragen. — Das Eigentum und die Person des Untertan ist durch die Art. 114, 115, und 153 RV. mit solchen rechtlichen Garantien versehen, die jeden Angriff, sei es, daß er von einer Privatperson, sei es, daß er von Seiten des Staates kommt, als rechtswidrig erscheinen lassen. Jeder Eingriff in diese geschützten Sphären muß sich also auf Rechtstitel positiven Inhalts stützen, die ihm durch ihren derogierenden Charakter das Moment der Rechtswidrigkeit nehmen.

In § 86 StPO. selbst ist ein solcher Rechtssatz nicht enthalten; es ist uns hinreichend bekannt, daß dieser lediglich eine Verfahrensvorschrift für den Richter bedeutet und keinerlei derogierenden Charakter gegenüber dem Untertan hat. Ein Zwang zur Duldung einer Augenscheinseinnahme kann also aus § 86 StPO. nicht hergeleitet werden. Wir lehnen es aber auch ab, eine solche Pflicht auf dem Wege der Analogie oder des Gewohnheitsrechts zu bejahen, denn erstlich ist es verwehrt, regelwidrige Sätze durch Analogie auszudehnen, und zum andern wäre eine tatsächliche Gewohnheit, eine communis opinio erforderlich.

Was nützt aber nun die beweisrechtliche Zulässigkeit der Augenscheinseinnahme, wenn sie im Strafprozeß nicht erzwingbar ist?[113]) Wir müssen sehen, auf anderen als den seither eingeschlagenen Wegen eine Handhabe zu bekommen, die uns gestattet, in die geschützte Sphäre der Person, der Wohnung und des Eigentums einzudringen, insoweit als auch andere Vorschriften einen Eingriff gestatten.

Um die gestellte Frage beantworten zu können, ist es erforderlich, das Wesen der in Frage kommenden Institute kennen zu lernen. In Betracht kommen nur die Vorschriften über Beschlagnahme und Durchsuchung, auf die schon Beling und John einen Hinweis gegeben haben. Auf die Maßregel der Beschlagnahme näher einzugehen, verbietet zwar der Rahmen des Themas; es sei aber vorweggenommen.

[113]) Mayer, a. a. O., 30.

daß in jeglicher Hinsicht die Berufung auf die Bestimmungen der Durchsuchung genügen wird, um uns den für die Rechtfertigung des Eingriffs zu Zwecken der Augenscheinseinnahme erforderlichen Rechtstitel zu verschaffen.

3. Kapitel:

Die Durchsuchung.

§ 6.

Gegenstand der Durchsuchung.

Um ein Strafverfahren durchführen zu können, ist es notwendig, sich der Person des Beschuldigten und des Besitzes des sachlichen Beweismaterials zu versichern, das zur Untersuchung notwendig ist. Den Strafverfolgungsbehörden muß mithin die Möglichkeit eingeräumt sein, den Beschuldigten, der sich der Verfolgung entziehen will und sich versteckt hält, zu suchen und das sachliche Beweismaterial aufzuspüren, um es der Untersuchung zugänglich zu machen. Diese Möglichkeit gewährt ihnen das Recht auf Durchsuchung, die demnach ein Mittel, ein prozessuales Zwangsmittel ist, um die Ergreifung des Beschuldigten und die Beschlagnahme von Gegenständen entweder trotz des wirklichen oder doch vorauszusehenden Widerspruches der betreffenden Person ermöglichen oder die Spuren einer Straftat verfolgen zu können.

Ihrer Stellung nach ist die Durchsuchung nicht ein Akt unparteiischer Beweisaufnahme, sondern ein prozessuales Zwangsmittel. Bennecke-Beling[114]) weicht insofern von der herrschenden Meinung ab, als er in der Durchsuchung nur da ein Zwangsmittel sieht, wo dem Widerstand des Betroffenen von Seiten des durchsuchenden Beamten ein Zwang entgegen gesetzt werden muß, um die Maßregel durchführen zu können. Es stimmt zwar, daß die Vorlegung des gesuchten Objekts die Durchsuchung überflüssig macht, doch nimmt sie damit noch nicht den ihr inne wohnenden Zwangscharakter. Denn oft ist es dem Betroffenen gar nicht möglich, die Durchsuchung abzuwenden; nur dann, wenn es sich um die Auffindung eines bestimmten Objekts handelt — im Falle des § 103 — kann er die Durchsuchung durch Vorlegen vereiteln. Wird aber nach einem zunächst noch unbestimmten Beweismittel gesucht, so muß er sie über sich ergehen lassen. Mit Recht weist John[115]) darauf hin, daß für die Durchsuchung nur der Umstand relevant ist, „daß der Beamte das Recht hat zu suchen. Kommt es nicht zur Durchsuchung im

[114]) Bennecke-Beling, Lb. 172.
[115]) John, Comm. I, 764.

engeren Sinne", fährt er fort, „weil der Betroffene den gesuchten Gegenstand freiwillig herbeibringt, so ist dies eine Analogie mit dem Falle des Verhafteten, der es vorzieht, gutwillig zu gehen, statt sich gewaltsam fortschleppen zu lassen".

Als Gegenstand der Durchsuchung nennt § 102 StPO. die Wohnung und andere Räume, die Person dessen, der als Täter oder Teilnehmer einer strafbaren Handlung oder als Begünstiger oder Hehler verdächtig ist, und die ihm gehörigen Sachen. § 104 hebt neben der Wohnung die Durchsuchung der Geschäftsräume und des befriedeten Besitztums hervor, während § 103, der im Gegensatz zu § 102 nicht die Durchsuchung beim Beschuldigten, sondern bei dritten Personen regelt, nur davon spricht, daß sich die gesuchte Person, Spur, oder Sache in den zu durchsuchenden Räumen befinde. § 110 gewährt die Durchsicht der Papiere. — Zunächst läßt sich daraus entnehmen, daß in der Strafprozeßordnung über die Durchsuchung aller derjenigen Orte, die nicht zum befriedeten Besitztum gehören, also Felder, Wiesen und Wälder eine Regelung nicht getroffen wurde. Da das Gesetz aber ein durchaus willkürliches Betreten fremder Grundstücke (z. B. zum Zwecke des Nachgrabens) nicht beabsichtigt haben kann, wird wohl die Durchsuchung von offenen Grundstücken nur im Rahmen der §§ 102, 103 StPO. zugelassen werden dürfen [116]).

Was unter „Wohnung" zu verstehen sei, wird von den meisten Kommentaren mit Stillschweigen übergangen; sie gebrauchen nur die Worte des Gesetzes ohne näheres Eingehen auf die Einzelheiten. Ein Zweifel kann jedenfalls darüber nicht bestehen, daß mit „der Wohnung und anderen Räumen" des § 102 die „zu durchsuchenden Räume" des § 103 identisch sind, lehnen sich doch beide Paragraphen schon im Satzbau eng aneinander an. Durch den Zusatz „und andere Räume" ist auch jede Zweckbestimmung der Räume beseitigt worden. Stenglein [117]) bemerkt hierzu: „Der Ausdruck ‚Wohnung und andere Räumlichkeiten' ist allgemeinster Natur. Es wird hierdurch nicht nur jede Zweckbestimmung, sondern auch die Frage des Alleinbewohnens oder gemeinschaftlich mit anderen als gleichgültig dargestellt, endlich kann auch kein Wert darauf gelegt werden, ob der Verdächtige die Wohnung ständig benützte oder nur vorübergehend."

Löwe-Rosenberg [118]) und Geyer [119]) definieren ähnlich, fügen aber hinzu, es sei nicht erforderlich, daß bei einer Durchsuchung in der Ausdehnung des § 102 StPO. gerade der Verdächtige Inhaber der zu durchsuchenden Wohnung und Räume sein müsse, es genüge vielmehr, daß er sich gerade dort aufhalte. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so müßte man notgedrungen z. B. eine Durchsuchung in

[116]) A. M. v. Kries, Lb. 296, der annimmt, daß Durchsuchungen an diesen Orten seitens der dazu Bevollmächtigten und zuständigen Beamten ohne jede Voraussetzung vorgenommen werden dürfen.

[117]) Stenglein, Comm. 4 zu § 102.

[118]) Löwe-Rosenberg, Comm. 3 zu § 102.

[119]) Geyer, Lb. 565.

der Wohnung eines Dienstherrn unter den Voraussetzungen des § 102 für zulässig erklären, wenn einer seiner Dienstboten einer Straftat verdächtig ist! Bei aller Würdigung der in Betracht kommenden Umstände ginge dies aber doch zu weit. Wohl hat der Dienstherr in der Regel seinen Dienstboten Wohnung zu gewähren, auch hat der Dienstbote allenthalben Zutritt zu der Wohnung des Dienstherrn, doch bringt dies noch keineswegs mit sich, daß nun die Wohnung des Dienstherrn als die des Dienstverpflichteten erscheint. Eine Arbeitsstätte — also solche stellt sich die Wohnung des Dienstherrn dem Dienstboten dar — ist keine Wohnung; der Begriff der Wohnung erfordert vielmehr, daß der Inhaber die Möglichkeit hat, sich frei in einem oder mehreren wirtschaftlich zusammenhängenden Räumen nach Belieben aufzuhalten und sein Besitztum dort unterzubringen. Nur insoweit diese Voraussetzung zutrifft, erscheint auch der Dienstbote als Inhaber der Wohnung des Dienstherrn und nur in diesen Grenzen darf deshalb eine Durchsuchung in den Räumen des Dienstherrn vorgenommen wurde. — Es ist nicht angängig, die Ausnahmebefugnis des § 102 über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auszudehnen und damit den Schutz der persönlichen Freiheit zu verletzen, nur weil für die allgemeine Wahrheitserforschung eine Durchsuchung unentbehrlich scheint! Kann einerseits allerdings nicht geleugnet werden, daß ein Dienstbote oder ganz allgemein derjenige, der Zutritt zu Räumen eines andern hat, allerhand Beweismittel unbemerkt dort verstecken kann, so wird andererseits dem öffentlichen Interesse wieder auf andere Weise Genüge getan. Eine Durchsuchung der Räume des Dienstherrn kann zwar nicht erzwungen werden im Rahmen des § 102, doch wird oft Verdacht bestehen, daß der Dienstherr nur deshalb die Durchsuchung nicht zulassen will, weil er dem verdächtigen Dienstboten die Vorteile seines Verbrechens oder Vergehens sichern oder ihn der Bestrafung entziehen will. Mag der Dienstbote Täter oder nur Teilnehmer sein, so wird der Dienstherr zum Begünstiger und kann wegen dieses Verdachts einer Durchsuchung unterzogen werden (aber nicht, wenn die Haupttat nur eine Übertretung ist).

Von größerer Tragweite ist die Frage, ob das Gesetz hinsichtlich des Gegenstandes der Durchsuchung in § 102 und § 103 zwischen der Person des Verdächtigen und anderen Personen einen Unterschied machen wollte.

Gegen die Auffassung, daß § 103 die Durchsuchung der Person eines Dritten gestattet, spricht schon der klare Wortlaut des Gesetzes. Und doch teilen sich die Ansichten in zwei Lager.

Maßgebend kann nur das Gesetz sein. Ausgehend von § 102, der bestimmt, daß Durchsuchungen von Wohnungen, Räumen, Sachen und Personen unter bestimmten Voraussetzungen vorgenommen werden können, fährt das Gesetz in Anlehnung an diesen Paragraphen in § 103 fort: „Bei anderen Personen sind Durchsuchungen behufs Er-

greifung nur . . . zulässig, wenn . . .“ Durch diesen Satz wird das Objekt der Durchsuchung zunächst nicht beschränkt[120]); es ist daher falsch, schon allein deshalb die Durchsuchung der Person eines Dritten für unzulässig erklären zu wollen, weil sie nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt ist[121]), denn der enge Satzbau und Zusammenhang des § 103 und § 102 machen eine zweimalige Aufzählung der Durchsuchungsobekte überflüssig. Erst durch den weiteren Wortlaut des § 103 wird die Durchsuchung bei Unverdächtigen in Bezug auf ihren Umfang beschränkt: nur „behufs Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung oder behufs Beschlagnahme bestimmter Gegenstände“ ist die Durchsuchung bei Dritten statthaft und nur dann, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß sich die gesuchte Person, Spur oder Sache in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Mit keinem Wort berührt das Gesetz die Frage, ob auch die Durchsuchung des Körpers einer unverdächtigen Person statthaft sei. Nun kann aber der Ausdruck „Räume“ in § 103 keine andere Bedeutung haben, als in § 102, es ist also unmöglich, in einer Person einen Raum im Sinne dieser Gesetzesbestimmung zu sehen. „Wie man in Räumen etwas finden soll“, sagt John[122]), „wenn man Personen durchsucht, das möchte doch schwer zu sagen sein“.

Die folgerichtige Auslegung des Gesetzes führt somit notwendigerweise dazu, die Pflicht eines Dritten, sich durchsuchen zu lassen rundweg zu verneinen[123]). Trotzdem wollen viele Schriftsteller aus dem § 103 die Verpflichtung für einen Dritten herleiten, eine Durchsuchung seiner Person zu dulden[124]). Sie geben zwar alle zu, daß sich aus dem Wortlaut des § 103 selbst eine derartige Pflicht nicht ergibt, sie legen aber den Hauptwert darauf, daß § 103 nicht eine Unterscheidung hinsichtlich des Objekts der Durchsuchung treffen wollte, sondern nur hinsichtlich des mit ihr verfolgten Zwecks und der Voraussetzungen. In Bezug auf den Kreis der zu durchsuchenden Objekte greife § 103 auf § 102 zurück, daher ergebe sich auch kein Unterschied in den

---

[120]) So auch Glaser, Hdb. II, 291; Stenglein, Comm. 2 zu § 103; Puchelt, Comm. 3 Abs. 2, zu § 103 v. Kries, Lb. 296; RM., Rspr. VIII, 458; E. 14, 194.

[121]) Vgl. Bennecke-Beling, 173; John, Comm. I, 815.

[122]) John, Comm. 1, 815; so auch Voitus, Controv. II, 274.

[123]) Löwe-Rosenberg, Comm. 3 A zu § 86; Geyer, Lbd. 563; v. Holtzendorffs Hdb. I, 324 u. Anm. 3; v. Lilienthal, StPr. 36; John I, 814; Rosenmeyer, Ger.S. 63, 43; Beling, StPr. 1928, 509; v. Liszt, DStRZ. 1917, Bd. 4, 445; Hatschek, StR. I, 459; Frank, ZStW. 12, 333; Möhring, a. a. O. 41; RT. Verh. 1897/98, 2. Anl. Bd. Aktenstück 150, 1539, 1540; Prot. 1895/97, 3. Anl. Bd. Aktenstück 294, 1580.

[124]) Stenglein, Comm. § 103; Glaser, Hd. B. II, 291; Thilo, Comm. § 102; Dalcke, Comm. § 103; Friedrichs, a. a. O. 19, 390; v. Kries, Lb. 296, 410; Puchelt, Comm. 224; v. Schwartze, Comm. 234; Birkmeyer, StPr. 405; Rupp, a. a. O. 269; frühere Aufl. v. Löwe, Comm. 2 zu § 103; RGE. 14, 194; 19, 364; 42, 440.

Gegenständen der Durchsuchung zwischen beiden Vorschriften [125]). Friedrichs [126]) behauptet, der Ausdruck „Räume" stehe zu sehr im Schatten des Salzbaues, um eine Abweichung des § 103 von § 102 bezüglich des Objekts bewirken zu können. Von andern [127]) wird geltend gemacht, daß auf eine zufällige Fassung und eine Inkorrektheit des Gesetzes kein Gewicht gelegt werden dürfe, wenn die ratio legis hinreichend klar sei und man sollte nicht den „Respekt vor einer ungeschickten Gesetzesredaktion" [128]) soweit treiben, die sprachliche Logik gegen die ratio legis auszuspielen, sonst müsse man zu unbilligen Ergebnissen gelangen. „Auf diese Weise", sagt Rosenmeyer, „will die herrschende Lehre aus Zweckmäßigkeitsgründen in den § 103 die Zulässigkeit der Durchsuchung der Person hineininterpretieren".

Hellwig und Kreß [129]) legen besonderen Wert auf den Absatz 2 des § 103, welcher ausdrücklich nur die Räume einer Durchsuchung im Rahmen des § 102 unterwirft, in denen der Beschuldigte ergriffen wurde oder die er während der Verfolgung betreten hat, oder in denen eine unter Polizeiaufsicht stehende Person wohnt. Hellwig folgert hieraus, daß eine Beschränkung der Person hinsichtlich der Durchsuchung überhaupt nicht gemeint sei, Kreß dagegen, daß Personen und Räume im allgemeinen unter erschwerten Bedingungen, im Falle des § 103, Abs. 2 aber unter den gleichen leichteren Bedingungen des § 102 durchsucht werden können. — Es ist jedoch unmöglich, aus dem Umstande, der § 103, Abs. 2 enthalte nur die Durchsuchung von Räumen, den Schluß zu ziehen, damit habe § 103, Abs. 1 stillschweigend auch die Berechtigung zur Durchsuchung von Personen vorgesehen. Dagegen spricht ja gerade der Abs. 2 des § 103! Denn welchen Grund hätte der Gesetzgeber gehabt, nur die Räume, nicht aber übelbeleumdete Personen selbst von den geringfügigen Beschränkungen, die einer Durchsuchung im § 103 auferlegt sind, zu befreien, wenn erstere nach Abs. 1 ebenso schon durchsucht werden können.

Weiter wird eingewendet, daß man in strenger Auslegung des Wortlauts des Gesetzes dazu komme, auch die Unzulässigkeit der Durchsuchung von Sachen Dritter anzunehmen; da aber das Gesetz diese Sachen nicht habe mehr schützen wollen als Räume, könne jene strenge Auslegung nicht richtig sein [130]). John [131]) bemerkt indessen

---

[125]) So Löwe, Comm. 10. Aufl., 2 zu § 103; v. Kries, Lb. 296; v. Schwartze, Comm. 234; Glaser, II, 291; Meyer, a. a. O., 21, 22; Dohna, Lb. 119, 120.

[126]) Friedrichs, a. a. O., 390.

[127]) Rupp, Bew. 220; Dohna, Lb. 123, 124; Pollmann, a. a. O., 24.

[128]) Dohna, Lb. 115: „Es geht nicht an, aus Respekt vor einer ungeschickten Gesetzesredaktion den Organen der Strafjustiz Maßnahmen zu verwehren, denen sie schlechterdings nicht entraten können".

[129]) Hellwig, Lb. 4. Aufl., 191; Kreß, a. a. O., 221.

[130]) Glaser, Hdb. II, 291; Dohna, Lb. 126.

[131]) John, Comm. I, 817.

mit Recht, daß es in der Natur der Sache liegt, daß bei einer Durchsuchung der Wohnung der durchsuchende Beamte nicht vor verschlossenen Schränken und Schubladen Halt machen, sondern auch diese Sachen untersuchen wird, denn eine Durchsuchung von Räumen, bei welcher die Sachen unberührt bleiben müssen, erschiene zwecklos. Soweit also die Durchsuchung der dem Nichtverdächtigen gehörigen Sachen gewissermaßen eine Fortsetzung der Durchsuchung der zur Pertinenz der Wohnung oder anderen Räumen gehörigen Gegenstände ist, insoweit kann auch sie als statthaft angesehen werden [132]).

Das RG. [133]) macht den Einwurf, lediglich die Redaktion des Gesetzes sei mangelhaft, der Wille des Gesetzgebers gehe aber unzweifelhaft dahin, auch die Durchsuchung eines Dritten in Ansehung seiner Person zu gestatten. Schon oben wurde auf den klaren Wortlaut des Gesetzes verwiesen, aber außerdem kann auch nicht aufgezeigt werden, daß der Wille des Gesetzgebers mit der vom RG. geforderten Ansicht in Einklang stand. In den Motiven ist zum mindesten von einer Personendurchsuchung Nichtverdächtiger die Rede [134]). Sie umschreiben den Gesetzestext, indem sie aussprechen, daß die Durchsuchung im allgemeinen auf Räume aller Art, Sachen und Personen sich erstrecken könne, und daß zur Durchsuchung bei anderen Personen als bei Verdächtigen hinreichender Grund zu der Vermutung vorliegen müsse, daß der gesuchte Gegenstand sich in den zu durchsuchenden „Räumen" befinde. Wenn auch v. Schwartze, Mitglied und Referent der Kommission zur Beratung der Strafprozeßordnung, in seinem schon 1878 erschienenen Kommentar zu § 103 wie selbstverständlich bemerkte: „Der Begriff und der Umfang der Durchsuchung ist in § 102 aufgestellt" und v. Marquardsen [135]), ebenfalls Mitglied der Kommission, in der Reichstagssitzung vom 23. November 1896 erklärte, die Stellung, die v. Schwartze eingenommen habe, hätte auch er und andere Mitglieder der Kommission bei der Beratung gehabt — die Protokolle geben indessen hierüber keinen Aufschluß — so fehlt es doch an der Verkörperung im Gesetz. Die Worte RG. [136]), „nimmermehr lasse sich annehmen, daß durch den Ausdruck „in den zu durchsuchenden Räumen" gewissermaßen durch eine verborgene Hintertür eine dem früheren Rechtszustande unbekannte, mit den Bedürfnissen der Rechtspflege kaum vereinbare, für die in der Praxis häufigsten Fälle, nämlich für die Durchsuchung übelbeleumdeter Personen schwer zu rechtfertigende Beschränkungen eingeführt werden sollte", sind legis-

---

[132]) Vgl. a. RGE. 16, 218 ff.

[133]) RG. Rspr. VIII, 418; E. 14, 194; vgl. auch E. 12, 218, 42, 440; ihm schließen sich an Stenglein, Comm. 2 zu § 103, 5 zu § 86; Glaser, Hdb. II, 291; Meyer, a. a. O., 16; u. a.

[134]) Hahn, Mat. III, 1, 126; v. Holtz, Handb. 325, Anm. 3; Voitus, Kontrov. 274, 275.

[135]) Sten.-Ber. Reichstagsverh. 1895/97, Bd. 5, 3402.

[136]) RGE. 14, 194.

latorische Erwägungen, die der lex lata gegenüber machtlos sind. Die ratio legis kann nicht, wie Birkmeyer[137]) treffend ausführt, eine dem Wortlaut des Gesetzes widersprechende Auslegung rechtfertigen und sie darf nicht so weit gehen, den strikten Wortlaut eines Ausnahmesatzes, wie ihn § 103 darstellt, in einer Weise umzugestalten, die die empfindlichste Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit mit sich bringen kann und muß[138]).

Schließlich ist noch folgendes zu bedenken: Da die Anordnung der Durchsuchung nicht bloß dem Richter und dem Staatsanwalt, sondern auch dem Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft zustehen kann, so hätte die Gesetzgebung, wenn sie untergeordneten Polizeiorganen das Recht einräumen wollte, den Körper einer unverdächtigen Person zu besichtigen, das ausdrücklich erwähnen müssen. Eine solch weitgehende Befugnis der Polizeibehörde kann weder vermutet noch stillschweigend vorausgesetzt werden. „Wäre dies der Wille des Gesetzgebers", sagt Beling[139]), „dann wäre er unerklärt geblieben. Erklärt ist nur, daß Räume Dritter durchsuchbar seien. Etwas anderes ist nicht zum Ausdruck gelangt."

Ausgehend von unserem Standpunkt, daß im Hinblick auf den gewährleisteten Schutz der Privatsphäre die rechtlichen Garantien derselben nur auf Grund von Gesetzen außer Kraft gesetzt werden können, müssenwir daran festhalten, „daß, wenn das Gesetz die Durchsuchung einer Person anordnen will, es auch die Verpflichtung hat, diese Anordnung ausdrücklich zu treffen". Dies ist nur in § 102 geschehen.

Ob diese Grenzenziehung, nämlich daß es dem Richter auf Grund des § 103 StPO. verwehrt ist, eine Durchsuchung Dritter gegen ihren Willen vorzunehmen, als eine Lücke im Gesetz empfunden werden muß, mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Keinesfalls steht der Satz fest, daß es unseren heutigen kulturellen Anschauungen entspricht, auch Dritten außerordentlich starke Eingriffe lediglich, um dem Interesse an der staatlichen Strafverfolgung zu genügen, zuzumuten, hat doch auch die Militärstrafgerichtsordnung in ihrem § 235, Abs. 2 letzteres ausdrücklich abgelehnt.

Die Entwürfe hingegen haben dadurch, daß sie in ihrem § 98 (Entwurf I und II) und § 119 (Entwurf III), die dem jetzigen § 103 StPO. entsprechen, den Zusatz „in den zu durchsuchenden Räumen" weggelassen haben, die Objekte des § 103 denen des § 102 gleichgestellt, und so den Standpunkt des RG. anerkannt. § 98 des Entwurfs I weist sogar, um absolute Klarheit zu schaffen, mit den Worten „Durchsuchungen der in § 97 bezeichneten Art" ausdrücklich auf die Zusammengehörigkeit beider Durchsuchungsparagraphen hin. Dies besonders zu betonen, war allerdings überflüssig und so wurde dieser Zusatz in den späteren Entwürfen wieder fallen gelassen.

[137]) Birkmeyer, Lb. 505; vgl. auch Geyer, Lb. 209.
[138]) Frank, ZZPr. 12, 333.
[139]) Beling, a. a. O., 499.

§ 7.

Umfang und Voraussetzung der Durchsuchung.

Das Gesetz macht bezüglich des Umfangs der Durchsuchung einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Täter, Teilnehmer, Begünstiger und Hehler einerseits, und dritten Personen andererseits. Bei den ersteren ist eine Durchsuchung zulässig, wenn zu vermuten ist, daß eine zu ergreifende Person oder ein Beweismittel bei ihnen vorgefunden werden wird, bei letzteren dagegen nur zur Ergreifung des Beschuldigten, zum Zwecke der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung oder zum Zwecke der Beschlagnahme bestimmter Gegenstände, und nur dann, wenn Tatsachen vorliegen, daß die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befinde.

Selbstverständliche Voraussetzung einer jeden Durchsuchung ist, wie die Motive erwähnen, die Wahrscheinlichkeit, daß eine strafbare Handlung begangen worden ist. Ob diese sich als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung qualifiziert, ist gleichgültig[140]).

Die erste, nach ihrer Ansicht nicht unbedeutsame Verschiedenheit zwischen der Durchsuchung des § 102 und der des § 103 bezüglich des Umfangs sieht die überwiegende Meinung[141]) im Grade der Wahrscheinlichkeit. Diese liege in den Worten „wenn zu vermuten ist" und „wenn Tatsachen vorliegen". Schon John[142]) hat jedoch darauf hingewiesen, daß in diesen Wendungen eine wirkliche Einschränkung nicht liegen kann. Eine Vermutung kommt, psychologisch betrachtet, dadurch zustande, daß aus irgend einem Zustand oder einem Ereignis der Vergangenheit mit Hilfe der Lebenserfahrung ein Schluß gezogen wird, d. h. daß sich eine bestimmte Überzeugung bildet[143]). Diese Überzeugung unterscheidet sich aber von dem Wissen nur durch den geringeren Grad der Bedingtheit. Ob nun aber gesagt wird: „es ist zu vermuten, daß" oder „es liegen Tatsachen vor, aus denen zu schließen ist, daß" macht doch wohl keinen Unterschied, denn „wenn ich etwas vermute, so werden immer irgendwelche Tatsachen diese Vermutung haben entstehen lassen; und wenn ich andererseits nichts anderes habe als Tatsachen, aus denen ich auf etwas schließen kann, so komme ich gedanklich zu einer Vermutung[144])". Es ist auch wohl kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch den Gebrauch verschiedener Worte einen Unterschied zwischen § 102 und § 103 hat begründen und der

---

[140]) Motive, 159; RG. Rspr. IV, 415; vgl. auch Prot. I, 110.

[141]) Gerland, Lb. 249; Bennecke-Beling, Lb. 172; v. Kries, Lb. 297; Dochow, Holtzendorffs Hdb. 1208, Anm. 6; Meyer, a. a. O., 12.

[142]) John, Comm. I, 814; so auch OLG. Stuttgart, Beschluß vom 29. November 1899, siehe Note 1, S. 45.

[143]) Rupp, a. a. O., 94.

[144]) John, Comm. I, 814.

Differenz zwischen „Vermuten“ und „Tatsachen, aus denen zu schliessen ist“ die Differenz zwischen „Verdächtigen“ und „Unverdächtigen“ gegenüber stellen wollen.

Daß aber § 102 gegenüber § 103 Einschränkungen vorsieht, zeigt sich schon an dem wiederholten Gebrauch des Wörtchens „nur“. Diese Einschränkung bezieht sich auf den Erfolg, dessen Herbeiführung Zweck der Durchsuchung sein soll: § 103 nennt ganz allgemein „Gegenstände der Beschlagnahme“; nach § 94 sind dies solche, welche als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können oder der Einziehung unterliegen. § 102 dagegen spricht nur von Beweismitteln.

Es kann nun kein Zweifel darüber bestehen, daß auch beim Verdächtigen die Durchsuchung nach Einziehungsgegenständen ausgedehnt werden kann. Aus dem Wortlaut ist dies zwar nicht zu entnehmen, doch ist dem Grunde nach die Durchsuchung beim Verdächtigen unter leichteren Voraussetzungen möglich, als beim Unverdächtigen, so erscheine es unverständlich, nicht auch beim Verdächtigen das zu gestatten, was das Gesetz schon beim Nichtverdächtigen erlaubt[145]). V. Kries allerdings ist der Ansicht, daß eine Durchsuchung beim Verdächtigen sowohl wie beim Unverdächtigen unstatthaft sei, um die Beschlagnahme von Einziehungsgegenständen zu ermöglichen; dies ergebe sich aus dem Wortlaut von § 102. Daraus, daß § 103 von Beschlagnahme bestimmter Gegenstände spreche, könne nicht auf das Gegenteil geschlossen werden, denn § 103 wolle die Grenzen der Voraussetzungen der Durchsuchung enger ziehen als § 102 und setze das, was § 102 fordert, ebenfalls voraus. Diese Auslegung steht jedoch mit dem Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch. John[146]) entgegnet ihm: „Übrigens werden ja alle diejenigen Einziehungsgegenstände, welche als Beweismittel benutzt werden können, auch dem strengsten Wortlaut nach unter § 102 fallen. Man kann aber nicht wohl dem Gesetz zutrauen, daß es eine so unpraktische Unterscheidung gewollt habe, wie die zwischen beweisenden und nicht beweisenden Einziehungsgegenständen sein würde[147])“.

Der Entwurf III bereitet solchen Meinungsverschiedenheiten ein Ende, indem er im § 118 Abs. 1 (§ 97 Abs. 1 des Entwurfs I und II) von der Vorschrift des jetzigen § 102 insofern abweicht, als er nach dem Vorbild des § 235 M.G.O.[148]) die Durchsuchung zur Auffindung von Einzelgegenständen ausdrücklich für zulässig erklärt.

---

[145]) Bennecke-Beling, Lb. 172, Anm. 2; Bennecke, Lb. 262, Anm. 1; John, I, 810, 765, Anm. 2; Puchelt, Comm. § 102; Voitus, Controv. 268; A. M. Geyer, Lb. 502; v. Kries, Lb. 295, Anm. 2.

[146]) John, Comm. I, 765.

[147]) So auch Voitus, Controv. II, 248 ff.; Löwe-Rosenberg, Vorbem. 1 zu § 102—110.

[148]) S. Begr., Sten.-Ber. 1909/11, Anl.-Bd. 270, Drucks. 7, 96.

Abgesehen davon, daß ein weiterer Unterschied in den beiden Bestimmungen darin liegt, daß die Durchsuchung bei Nichtverdächtigen nur gestattet ist, um nach bestimmten Beweismitteln oder Einziehungsgegenständen zu fahnden[149]), während beim Verdächtigen Durchsuchungen jeglicher Art vorgenommen werden können, stimmen die §§ 102 und 103 hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke und Voraussetzungen überein, da auch § 103 die Durchsuchung zum Zwecke der Ergreifung des Verdächtigen bzw. Beschuldigten erwähnt.

Neben der Ergreifung des Verdächtigen und der Auffindung bestimmter Beweismittel zählt § 103 aber ferner die Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung auf. Zweifellos erweckt es den Anschein, als ob § 103 gegenüber § 102 sich doch erweitere, denn wie deckt sich diese Tatsache mit den in § 102 aufgeführten Zwecken, nachdem wir davon ausgegangen sind, daß das Gesetz den Nichtverdächtigen habe mehr schützen wollen als den Verdächtigen?

Nur John, v. Kies und Meyer gehen auf diesen Punkt mit mehr oder weniger Erfolg näher ein. In kurzem sei der Standpunkt John's[150]) wiedergegeben; er definiert: Zweck der Durchsuchung sei im Falle des § 102

1. die Ergreifung des Beschuldigten,
2. die Auffindung von Beweismitteln,

im Falle des § 103

1. die Ergreifung des Beschuldigten,
2. die Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung,
3. die Beschlagnahme bestimmter Gegenstände.

Der Begriff „Beweismittel" im Falle des § 102 sei aber gleichbedeutend mit „Spuren einer strafbaren Handlung und den der Beschlagnahme unterliegenden Gegenständen".

Das kann nicht richtig sein! John berücksichtigt nicht, daß gerade der Begriff „Gegenstände der Beschlagnahme" gegenüber dem Begriff

[149]) Vgl. Alsberg, Strafprozessuale Entscheidungen der OLG., I, 232 (Beschl. des OLG. Stuttgart): „Der § 103 unterscheidet sich von § 102 StPO. dadurch, daß wie die Motive zu den entsprechenden §§ 93 und 94 des Entwurfs sagen, bei dem Verdächtigen die Durchsuchung dann zulässig ist, wenn die Vermutung begründet erscheint, daß sie zur Auffindung von Beweismitteln führen werde, während nach § 103 gegenüber anderen Personen die Durchsuchung nur als das Mittel erscheint, die Erfüllung der Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln zu erzwingen und daher in diesem Falle nur da sich rechtfertigen lasse, ‚wo erstens die Beschlagnahme eines bestimmten Gegenstandes bezweckt wird und zweitens Grund zu der Vermutung vorliegt (im Gesetz geändert in: wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist), daß dieser Gegenstand in den zu durchsuchenden Räumen sich befinde". Diese Erfordernisse, insbesondere das erste haben in dem Wortlaut des § 103 Abs. 1 StPO. ihren unzweideutigen Ausdruck gefunden". — Hierüber besteht auch in der Literatur keine Meinungsverschiedenheit; vgl. Stenglein, Comm. 2 zu § 103; Löwe-Rosenberg, Comm. 5 zu § 103.

[150]) John, Comm. I, 813.

„Beweismittel" der weitere ist, denn nach § 94 StPO. umfaßt er ja die Beweismittel und die Einziehungsgegenstände. Den weiteren Begriff dem engeren unterzuordnen, geht aber nicht an.

Meyer[151]) folgert, daß nur in dem Falle, in dem beim Verdächtigen gesucht werde, die Spur einer strafbaren Handlung die Bedeutung eines Beweismittels habe; deshalb brauche auch § 102 den Zweck der Auffindung von Spuren einer strafbaren Handlung nicht zu erwähnen, weil ja die etwa aufgefundenen Spuren Beweismittel seien. § 103 dagegen müsse eine Durchsuchung zum Zwecke der Verfolgung von Spuren ausdrücklich gestatten. — Einer solchen Argumentation kann indessen auch nicht beigepflichtet werden. Ohne Zweifel ist die Ausdrucksweise des § 103 unglücklich gewählt. Es ist aber in § 103 die Rede, daß die gesuchte Spur sich in den zu durchsuchenden Räumen befinde. Hieraus folgt, daß „Spuren" einer strafbaren Handlung" nur sinnlich wahrnehmbare Gegenstände sein können. Werden nun „Spuren" — sinnlich wahrnehmbare Gegenstände — gefunden, so werden sie immer die Bedeutung eines Beweismittels haben, gleichgültig, ob die Durchsuchung beim Verdächtigen oder beim Unverdächtigen vorgenommen wurde. Aus der Erwähnung der „Spuren einer strafbaren Handlung" in § 103 ergibt sich m. E. nur, daß die Durchsuchung in keinem Falle beim Nichtverdächtigen gestattet ist, wo sie nach § 102, der nur von der Auffindung von Beweismitteln spricht, unstatthaft wäre[152]).

Abgesehen von kleinen Wortverbesserungen haben die Entwürfe an der seitherigen Aufzählung der Zwecke der Durchsuchung nichts geändert. Nebenbei sei erwähnt, daß § 102 und § 103 abwechselnd den Ausdruck „verdächtig und „beschuldigt" gebraucht. Irgend eine Grenze sollte durch diese verschiedenartigen Ausdrücke eigentlich nicht geschaffen werden; nur im Hinblick darauf, daß die Durchsuchung zusammen mit der Augenscheinseinnahme häufig die nach Entdeckung einer Straftat zuerst zu treffende Maßregel sein wird, und weil in dieser allerersten Phase des Verfahrens überhaupt noch kein Beschuldigter benannt sein wird, wurde wohl diese Bezeichnung gewählt[153]). Die Entwürfe haben diese Ungenauigkeit beseitigt. Entwurf III, § 119 (Entwurf I, II, § 98) setzt an Stelle des Wortes „Beschuldigter" das Wort „Verdächtiger" und reiht unter diesen Begriff alle im jetzigen § 102 aufgezählten Personen, also Täter, Teilnehmer, Begünstiger und Hehler, ein.

Zweck der Durchsuchung ist schlechthin ein Finden. Beling[154]) bemerkt hierzu: „Die im Gesetz — §§ 102, 103 — aufgezählten Zwecke sind bestimmend nicht für den Begriff, auch nicht eigentlich für die Zulässigkeit, sondern für die zwangsweise Durchführbarkeit. Auch

[151]) Meyer, a. a. O., 13.
[152]) Vgl. v. Kries, Lb. 297; zurückhaltend Gerland, Lb. 249.
[153]) Löwe-Rosenberg, Comm. 3 zu § 102; Glaser, Hdb. II, 290.
[154]) Beling, a. a. O., 473.

sonst ist der Begriff nicht einzuengen durch das Erfordern gewisser Zwecke". — Ganz willkürlich ist die Einengung, die v. Kries[155]) vornimmt, wenn er die Durchsuchung derart in Abhängigkeit zu der Beschlagnahme bringen will, daß erstere ausschließlich als Mittel zur Auffindung solcher Sachen erscheint, die der Beschlagnahme unterliegen. Zu einer solchen Annahme bietet das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte. Das Gesetz spricht nur von der Vermutung, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde. Diese Beweismittel brauchen aber nicht „Gegenstände" zu sein, die der Beschlagnahme unterliegen. Beweismittel im Sinne des § 102 kann vielmehr auch der nicht beschlagnehmbare menschliche Körper sein. Überhaupt ist die Beschlagnahme nicht einziger Zweck der Durchsuchung, obwohl sie sich meistens ihr anschließen wird, denn immerhin sind Fälle denkbar, in denen der die Durchsuchung vornehmende Richter an den vorgefundenen Gegenständen nur einen Augenschein einnimmt und sie alsdann im Gewahrsam des Betroffenen beläßt.

§ 8.

Prozessuale Vorschriften.

Die Zuständigkeit zur Anordnung und Durchführung der Durchsuchung ist — anders als bei der Augenscheinseinnahme — getrennt. Die Kompetenz zur Anordnung liegt in der Regel beim Richter, § 105 StPO.; im Vorverfahren ist es der Amtsrichter, in der Voruntersuchung der Untersuchungsrichter und nach Eröffnung des Hauptverfahrens der Vorsitzende gem. § 221 StPO., in der Hauptverhandlung das erkennende Gericht, § 244 StPO. Bei Gefahr im Verzug wird auch der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsorganen das Recht der Anordnung zuerkannt, § 105 StPO.

Die Ausführung der Durchsuchung kann einerseits vom Richter selbst vorgenommen werden. Da aber über jede richterliche Untersuchungshandlung ein Protokoll aufgenommen werden muß, ist er gehalten, einen Gerichtsschreiber zuzuziehen[156]). Andererseits ist auch die Staatsanwaltschaft befugt, oder können solche Polizei- und Sicherheitsbeamte, die Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind, damit betraut werden, eine Durchsuchung durchzuführen, da die Strafprozeßordnung beschränkende Bestimmungen hinsichtlich der Durchfüh-

[155]) v. Kries, Lb. 410, 294.

[156]) A. M. Geyer, Lb. 598; nach seiner Ansicht muß der Richter nur insoweit einen Protokollführer beiziehen, als die Durchsuchung zugleich die Bedeutung eines Augenscheins haben soll. Diese Einstellung erklärt sich jedoch aus der von der h. M. abweichenden Auffassung von Augenschein und Durchsuchung.

rung nicht aufstellt[157]). Diese Hilfsbeamte haben nach § 105, Abs. 2 StPO., wenn möglich, einen Gemeindebeamten oder 2 Gemeindemitglieder, die aber nicht Polizei- oder Sicherheitsbeamte sein dürfen, zu der Durchsuchung beizuziehen.

Nach den Entwürfen kann von jeglicher Zuziehung abgesehen werden, wenn der Inhaber der zu durchsuchenden Räume hiezu seine Zustimmung gegeben hat.

Bedenklich erscheint — und das ist bei Abfassung der Entwürfe nicht erwogen worden — daß auch den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft des Recht der Anordnung eingeräumt wurde, nicht so sehr beim Verdächtigen als vielmehr beim Nichtverdächtigen. Sowohl der Verdacht der Teilnahme, als auch der Verdacht, es könnten sich Spuren der Tat finden, wird von untergeordneten Polizeiorganen oft leicht zu oberflächlich genommen, um daraufhin ein Eindringen in fremde Wohnungen zu gestatten. Ob wirklich das Auffinden von Beweismitteln, die Ergreifung des Beschuldigten u.s.w. in Aussicht steht, bedarf sorgsamster Erwägung, welche Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft niemals überlassen werden sollte. Denn Beschwerde mit Suspensiveffekt kann nicht eingeräumt werden; sonst wäre eine nach Entscheidung der Beschwerde wirklich gerechtfertigte Durchsuchung von vornherein nutzlos. In weitaus der Mehrzahl der Fälle wird stets ein Richter oder Staatsanwalt in kurzer Zeit erreicht und dessen Anordnung abgewartet werden können. Ohne sich der Gefahr auszusetzen, die Untersuchung nicht vollkommen führen zu können, könnte man deshalb davon Abstand nehmen, auch Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft ein Durchsuchungsrecht zuzusprechen.

Das Recht, der Durchsuchung beizuwohnen, steht dem Inhaber der zu durchsuchenden Räume und Gegenstände zu für die Fälle, in denen er z. Zt. der Ausführung der Durchsuchung in den betreffenden Räumen anwesend ist, § 106 StPO.[158]). Von John[159]) wird indessen der Gesetzgeber wiederum einer inkorrekten Redaktion des Gesetzes bezichtigt. Nach seiner Meinung ist der Sinn des Gesetzes der: „Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände darf der Durchsuchung beiwohnen. Ist er abwesend, so ist er, insoweit dies ohne die Zwecke der Durchsuchung zu gefährden möglich ist, von der vorzunehmenden Durchsuchung zu benachrichtigen; andernfalls ist, insoweit dies ohne die Zwecke der Durchsuchung zu gefährden möglich ist, sein Vertreter oder ein erwachsenes Angehöriges, Hausgenosse oder Nachbar zuzuziehen". Richtig ist daran m. E. nur soviel,

[157]) Hahn, Mat. I, 128: „Die von dem Richter oder der St.-A. angeordnete Durchsuchung wird nicht immer von dem Richter selbst oder von einem Beamten der St.-A. vorgenommen; sie kann vielmehr nach allen in Deutschland geltenden Gesetzen einem untergeordneten Beamten übertragen und ohne Beisein des Richters oder eines Beamten der St.-A. ausgeführt werden".

[158]) Vgl. Löwe-Rosenberg, Comm. 2 zu § 106.

[159]) John, Comm. I, 822.

daß die Worte „wenn dies möglich ist" bedeuten „insoweit dies ohne die Zwecke der Durchsuchung zu gefährden möglich ist". Von einer Benachrichtigung aber, wie John sie in der weiteren Erläuterung zu § 106 erwähnt, ist im Gesetz nicht die Rede, noch schreibt es vor, daß der Inhaber der Räume, wenn er abwesend ist, herbeigerufen werden soll. Dem Gesetz kann keine andere Bedeutung beigelegt werden, als die, daß der Inhaber, sofern er anwesend ist, beiwohnen darf, er wird aber bei Abwesenheit weder benachrichtigt noch herbeigerufen; nötigenfalls wird ein Vertreter zugezogen, wenn dies dem Zwecke der Durchsuchung nicht zuwiderläuft, sonst unterbleibt auch dies [160]).

Der Entwurf III hat den Wortlaut des § 101 in seinem § 132 geändert. Es heißt dort:

> „Der Inhaber der Räume oder Sachen darf der Durchsuchung beiwohnen. Ist er nicht zur Stelle, so ist, wenn tunlich, als sein Vertreter herbeizurufen . . ."

Klarheit ist auch bei dieser neuen Fassung nicht möglich. Besser war die Wortführung des Entwurfs II, § 102, Abs. 1: „Ist er nicht zur Stelle, so soll, wenn es den Zweck der Durchsuchung nicht gefährdet, zugezogen werden . . .". Sachlich weichen die Entwürfe von dem jetzigen § 106 StPO. darin ab, daß sie in den Kreis der Personen, die als Vertreter des Inhabers der Räume zur Durchsuchung zugezogen werden können, neben den erwachsenen Angehörigen, Hausgenossen und Nachbarn auch die bei Führung des Geschäfts beteiligten Angestellten aufnehmen.

Übereinstimmung herrscht in Literatur und Praxis darüber, daß den Prozeßbeteiligten außer der Staatsanwaltschaft ein Recht, der Durchsuchung beizuwohnen, nicht zusteht [161]). Hiernach unterliegt es dem Ermessen des die Durchsuchung anordnenden Beamten, ob er die Prozeßbeteiligten zuziehen will oder nicht, weil ihrer Anwesenheit an und für sich auch kein gesetzliches Hindernis entgegensteht [162]). Soweit allerdings der Beschuldigte zugleich Inhaber der zu durchsuchenden Räume und Gegenstände ist, kann er verlangen, daß er zur Teilnahme an der Durchsuchung zugelassen wird; diesen Anspruch hat er aber nicht als Prozeßbeteiligter, sondern nur als Inhaber der Räume und Gegenstände.

Das schon erwähnte Recht der Staatsanwaltschaft auf Anwesenheit kann man bedenkenlos bejahen. Da sie selbst die Befugnis hat, unter Umständen eine Durchsuchung anzuordnen, und durchzuführen, wäre es nicht einzusehen, aus welchem Grunde ihr die Anwesenheit bei einer richterlich angeordneten Durchsuchung versagt werden könnte [163]).

---

[160]) Vgl. auch Geyer, Lb. 569; Spitznagel, a. a. O., 46 ff.
[161]) Löwe-Rosenberg, Comm. 4 zu § 106 und die dort Zit.
[162]) Vgl. Spitznagel, a. a. O., 46; Thilo, Comm. Anm. 1 zu § 106.
[163]) Stenglein, Comm. 3 zu § 106.

Eine Abänderung der Vorschriften über Parteianwesenheit wurde in den Entwürfen nicht für notwendig befunden, dagegen fand eine andere begrüßenswerte Neuerung Eingang in die Entwürfe [164]). Nach geltendem Recht hat der Beamte auch die körperliche Durchsuchung von Frauen vorzunehmen. Die Entwürfe haben jedoch dem weiblichen Schamgefühl genügend Rechnung getragen und haben folgende Bestimmung aufgenommen:

„Die Durchsuchung einer weiblichen Person und der Kleidung, die sie an sich trägt, darf ohne ihre Einwilligung nur von einer Frau durchgeführt werden".

Damit wurde endlich einem Mißstand Abhilfe geschaffen, der schon seit Bestehen der Strafprozeßordnung dauernd bekämpft worden ist.

4. Kapitel:

Verhältnis der Vorschriften über Augenscheinseinnahme und Durchsuchung zueinander.

§ 9.

Zusammentreffen von Augenscheinseinnahme und Durchsuchung in einem Untersuchungsakt.

Nachdem wir uns durch die seitherige Darstellung über das Wesen der Augenscheinseinnahme sowohl wie der Durchsuchung Klarheit verschafft haben, können wir uns nunmehr den Berührungs- und Unterscheidungspunkten der beiden Untersuchungshandlungen zuwenden und prüfen zuerst die Frage, ob sich die beiden Untersuchungsmaßregeln in einem Akte vereinigen können. Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten schwerwiegender Art sind aus dieser Frage zwar nicht entstanden, doch ist die Beseitigung dieser Unsicherheit nicht ohne Bedeutung, da Augenschein und Durchsuchung ja von ganz verschiedenen Voraussetzungen abhängen, ferner weil bei jeder der beiden Untersuchungshandlungen andere Förmlichkeiten beachtet werden müssen, und schließlich wegen der späteren Verlesung und Verwendung des Augenscheinsprotokolls in der Hauptverhandlung.

Zur besseren Erläuterung sollen uns zwei Beispiele dienen:

I. Der Richter begibt sich in ein Zimmer, in dem ein Mord begangen wurde. Er sieht eine erbrochene Geldkasette, besichtigt die Lage und die Wunden des Toten, sieht Kleiderfetzen

[164]) Entwurf III § 118, Abs. 1, Satz 2, § 119, Abs. 1; Entwurf II § 97, Abs. 1, Satz 2, § 98, Abs. 1, Satz 2; Entwurf I § 97, Abs. 3.

und Blutspuren auf dem Boden. Aus alledem schließt er, daß der Mörder mit seinem Opfer einen erbitterten Kampf ausgefochten hat. Nun durchsucht er das Zimmer und findet unter dem Bett den Hut des Täters, in der verkrampften Hand des Toten ein Haarbüschel, das ihm verdächtig erscheint und mutmaßlich vom Täter stammt.

Unzweifelhaft ist in diesem Falle die Augenscheinseinnahme in eine Durchsuchung übergegangen.

II. Der Richter begibt sich in das Haus des Mörders, um nach den Wertsachen zu suchen, die er dem Toten geraubt hatte. Er macht auch vor einem verschlossenen Schrank nicht Halt, sondern läßt ihn aufbrechen und findet dort Kleider und Wertgegenstände des Toten in einem Bündel zusammengepackt. Er stellt sofort ihre Zahl und ihre Beschaffenheit fest, wie und wo sich die Gegenstände befunden haben und nimmt alle Beobachtungen zu Protokoll.

Hier hat sich der Charakter der Untersuchungshandlung von der Durchsuchung zur Augenscheinseinnahme hin verschoben.

v. Holtzendorff[165]) ist nun der Ansicht, daß die bei einer Durchsuchung gemachten Wahrnehmungen als solche niemals die Bedeutung eines Augenscheins haben können, denn das Recht des Beschuldigten, bei der Einnahme des Augenscheins durch seinen Verteidiger vertreten zu sein, würde unter dem Titel der Durchsuchung illusorisch gemacht werden. Wir müssen ihm einerseits widersprechen. Später werden wir noch sehen, daß es für den Augenschein und für die Verwendung und Verlesung des Protokolls in der Hauptverhandlung kein wesentliches Erfordernis ist, daß gerade die Prozeßbeteiligten an der Einnahme des Augenscheins teilgenommen haben. Andererseits haben aber die anläßlich einer Durchsuchung gemachten Beobachtungen — darin hat v. Holtzendorff vollkommen Recht — nie den Wert einer Augenscheinseinnahme, sofern der Richter nicht auch die Absicht hat, diese Wahrnehmungen in Form einer Augenscheinseinnahme zu fixieren. Ist dies jedoch die Absicht des Richters, und es sind die formalen Erfordernisse für einen Augenschein vorhanden, so ist nicht einzusehen, daß nunmehr die richterliche Untersuchungshandlung, die sich zufälligerweise als Durchsuchung darstellt, nicht auch die Bedeutung einer Augenscheinseinnahme haben kann.

Dieser Standpunkt wird auch von der herrschenden Lehre eingenommen. Löwe-Rosenberg[166]) sagt: „Wird ein für die Untersuchung wichtiger Gegenstand gefunden, so wird die Tatsache, daß

[165]) v. Holtzendorff, Hdb. I, 324.

[166]) Löwe-Rosenberg, Comm. 1 zu § 102—110; Geyer, Lb. 508; Rupp, 266; Glaser, II, 287; u. a.

derselbe sich an dem betreffenden Ort befunden hat, durch den Augenschein festgestellt".

Augenschein und Durchsuchung können sich also sehr wohl in einem Akt vereinigen, obwohl die Durchsuchung an und für sich eine Verfahrensart ist, die nur die Vorbereitungen der Beweisaufnahme bezweckt, während die Augenscheinseinnahme die Beweisaufnahme selbst in sich schließt. — Die Beurkundungen beider Untersuchungshandlungen sind dann allerdings in einem Protokoll vereinigt. Für die Durchsuchung hat aber unsere Strafprozeßordnung eine Verlesung des Protokolls nicht vorgesehen; § 249 bestimmt nur, daß die Vorschriften über die Verlesung von Urkunden und anderen als Beweismitteln dienenden Schriftstücken auch für die Protokolle über die Einnahme eines Augenscheins Anwendung finden, und nur dann, wenn das bei Einnahme des Augenscheins beobachtete Verfahren nicht an einem wesentlichen Mangel leidet[167]). Ein solches mangelhaftes Protokoll hätte nicht nur geringere Beweiskraft, wie Keller[168]) meint, sondern überhaupt keine Beweiskraft. Entspricht aber ein über eine Durchsuchung aufgenommenes Protokoll zum Teil oder ganz den Erfordernissen eines Protokolls über die Einnahme eines Augenscheins, so kann es insoweit in der Hauptverhandlung auch verlesen werden[169]).

Gleicherweise hat auch das RG. entschieden. In seiner Entscheidung[170]) führt es aus: „In dem vom Richter und Gerichtsschreiber aufgenommenen Protokoll ist beurkundet, daß zur Durchsuchung sämtlicher Räumlichkeiten der S'schen Wohnung geschritten ist und dort die näher bezeichneten Gegenstände als verdächtig vorgefunden worden sind. Zu diesem Zwecke mußten die Gerichtspersonen ihre Wahrnehmungen durch das Organ des Auges machen und es wurde die Tatsache, daß sich die vorgefundenen Gegenstände an dem betreffenden Ort befunden haben, durch den Augenschein festgestellt. Hiernach hatte die Durchsuchung unbedenklich den Charakter einer Augenscheinseinnahme und konnte daher das darüber aufgenommene Protokoll, bei welchem nach Maßgabe der §§ 166, 181 StPO. Richter und Gerichtsschreiber mitgewirkt haben, auf Grund des § 248 StPO. in der Hauptverhandlung verlesen werden".

Größer aber als diese beinahe zweifelsfreie Frage ist nun die Entscheidung darüber, wann eigentlich die vom Richter vorgenommene Untersuchungshandlung sich als Augenscheinseinnahme oder als Durchsuchung charakterisiert.

---

[167]) RGE. 16, 147; 18, 186; 1, 256.
[168]) Keller, Comm. 6 zu § 86.
[169]) Löwe-Rosenberg, Comm. 7 f zu § 249, 6 zu § 105.
[170]) RGE. 24, 233.

§ 10.

Unterscheidungsmerkmale zwischen Augenscheinseinnahme und Durchsuchung.

I. Äußere Unterscheidungsmerkmale.

Wie überhaupt Augenschein und Durchsuchung nur zueinander in ein Verhältnis gesetzt werden können, wenn beide Untersuchungshandlungen vom Richter ins Werk gesetzt werden, so kann ein Zweifel darüber, ob eine Untersuchungshandlung dem äußeren Vorgange nach den Charakter einer Augenscheinseinnahme oder den einer Durchsuchung hat, nur dann entstehen, wenn beide Untersuchungshandlungen vom Richter vorgenommen werden. Es steht zwar, wie die seitherige Aufführung gezeigt hat, dem nichts im Wege, daß auch die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten diese Untersuchungshandlungen anordnen und je nachdem ausführen kann, doch wird diesenfalls die Augenscheinseinnahme bei der Charakterisierung nie in den Kreis der Betrachtung gezogen werden können, da die geltende Strafprozeßordnung das Institut einer staatsanwaltschaftlichen Augenscheinseinnahme nicht kennt und für eine solche Untersuchungshandlung seitens der Staatsanwaltschaft nur die Vorschriften über das Zeugnis Anwendung finden könnten [171]).

Ein Schluß aus der Anwesenheit der beteiligten Personen auf die vom Richter vorgenommene Untersuchungshandlung kann nicht gezogen werden. Im Falle einer Augenscheinseinnahme ist der Staatsanwaltschaft, dem Verteidiger und dem Beschuldigten die Anwesenheit bei der Verhandlung zu gestatten, § 193, Abs. 1 StPO. In der Mehrzahl der Fälle wird aber die Augenscheinseinnahme sofort nach Bekanntwerden der Tat durchgeführt werden, ohne daß überhaupt ein Beschuldigter existiert, weil sich die Untersuchung noch gar nicht gegen eine bestimmte Person richtet. Alsdann könnte aber die Augenscheinseinnahme dem äußeren Anscheine nach ebensogut eine Durchsuchung sein. Bei der Durchsuchung hat außer der Staatsanwaltschaft niemand das Recht auf Anwesenheit, doch liegt es im freien Ermessen des Richters, die Prozeßbeteiligten zur Durchsuchung beizuziehen, § 105, Abs. 1 StPO. Wir wissen aber auch, daß der Verdächtige als Inhaber der zu durchsuchenden Gegenstände und Räume stets das Recht auf Teilnahme an der Untersuchungshandlung hat. So könnte man, lediglich nach der Beteiligung der Parteien zu schließen, wiederum der Meinung sein, es handle sich bei einer unter Parteianwesenheit vorgenommenen Durchsuchung um eine Augenscheinseinnahme.

---

[171]) Über Änderungen de lege ferenda, vgl. Hagemann, DRZ. 1930, 290, u. a.

Irrtümlich ist auch, als Unterscheidungsmerkmal zwischen Augenschein und Durchsuchung die Abfassung eines Protokolls anzuführen. Augenscheinseinnahme sowohl wie Durchsuchung sind, wenn sie vom Richter ausgeführt werden, richterliche Untersuchungshandlungen. § 188, Abs. 1 StPO. schreibt aber klar und deutlich vor, daß über jede Untersuchungshandlung ein Protokoll aufzunehmen und dieses vom Untersuchungsrichter und dem zugezogenen Protokollführer zu unterzeichnen ist. Das gleiche schreibt § 168 StPO. für das vorbereitende Verfahren vor.

Auch anderweitige äußere Anhaltspunkte, die einen Unterschied zwischen der Augenscheinseinnahme und der Durchsuchung abgeben könnten, fehlen völlig.

Als Objekte des Augenscheins und der Durchsuchung kennen wir Gegenstände, Wohnungen und andere Räume, und die Person. Bei der Durchsuchung sind zu unterscheiden: Gegenstände, die gesucht werden und Gegenstände, die durchsucht werden[127]). Die zu durchsuchenden Objekte sind Wohnungen, Räume, Sachen und Personen, die gesuchten Objekte außer dem Beschuldigten sind Gegenstände, die als Beweismittel dienen können oder der Einziehung unterliegen. — Als Beweismittel zählt die Strafprozeßordnung erschöpfend auf Personen und Sachen, und zwar in erster Hinsicht Zeugen, Sachverständige und Auskunftspersonen (Beschuldigter, Privatkläger), in zweiter Hinsicht Augenscheinsobjekte und Urkunden. Für unsere Unterscheidung — bei der Durchsuchung — kommen die persönlichen Beweismittel in Wegfall, so daß uns als gesuchte Beweismittel lediglich Urkunden und Augenscheinsobjekte verbleiben. Diese Gegenstände aber können gleicherweise wie die durchsuchten Gegenstände auch beaugenscheinigt werden.

Glaser[173]) macht darauf aufmerksam, zum Unterschied von der Durchsuchung stehe den Parteien bei der Augenscheinseinnahme ein Recht zu, „sich zu beteiligen"; da die Augenscheinseinnahme eine „Verhandlung" sei, § 193, Abs. 1 StPO., seien die Parteien ermächtigt, Fragen zu stellen und ihre Eindrücke zur Sprache zu bringen. Dieses Recht haben auch wir eingangs S. 23 bejaht. Aber nicht nur § 193, sondern auch § 169, Abs. 1 und § 188, Abs. 3 StPO. spricht von den Untersuchungshandlungen als „Verhandlungen". Dementsprechend darf und kann den Parteien bei Vornahme einer Durchsuchung das Recht nicht abgesprochen werden, sich zu beteiligen, d. h. auf den Verlauf der Untersuchungshandlung einzuwirken, selbstverständlich nur, soweit sie beigezogen werden.

So kann auch in dieser Befugnis der Parteien ein Kriterium nicht erblickt werden. Wir stehen sonach vor der Unmöglichkeit, einzig und allein dem äußeren Vorgange nach mit Sicherheit feststellen zu können, ob eine richterliche Untersuchungshandlung Augenscheinsein-

[172]) Vgl. auch Glaser, Hdb. II, 292.
[173]) Glaser, Hdb. I, 658.

nahme oder Durchsuchung ist. Ein Unterschied muß aber bestehen, sonst wären diese beiden Institute in der Strafprozeßordnung nicht schon in zwei getrennten Abschnitten behandelt worden; richten wir deshalb unseren Blick auf den inneren Zusammenhang dieser beiden Untersuchungsmaßregeln.

II. Innere Unterscheidungsmerkmale.

Kleinschrod[174]) findet einen Unterschied darin, daß bei einer Augenscheinseinnahme der Richter selbst bloß dasjenige zu Protokoll nehme, was ihm ins Gesicht falle, bei der Haussuchung aber genauer nachspüre, um etwas zum Beweise Dienliches aufzufinden. Brauer[175]) nahm diesen Gedanken auf und unterschied Augenschein und Durchsuchung in folgender Weise: „Insofern als der Augenschein in einzelnen Fällen unmittelbar zur Nachweisung einer dem Richter schon anders woher bekannten Tatsache wird, mit andern Worten, wahres Beweismittel ist, besteht allerdings ein Unterschied zwischen demselben und der Durchsuchung, deren Zweck stets darauf gerichtet ist, Beweise aufzufinden".

Trotz seiner sonstigen, heute nicht mehr haltbaren Anschauung über die beiden Institute hat Brauer in dieser Beziehung doch das richtige getroffen: Zweck der Augenscheinseinnahme ist Feststellung und Klärung des Sachverwalts im Wege der Beweisaufnahme durch die dem Richter bekannten Beweismittel, Zweck der Durchsuchung ist die Auffindung von Gegenständen, die als Beweismittel Verwendung finden können.

Entscheidend für die Charakterisierung der beiden Untersuchungshandlungen ist also nicht der Erfolg, sondern — wie wir schon bei der Untersuchung über das Zusammentreffen der Augenscheinseinnahme und der Durchsuchung feststellen konnte — der Zweck, die Absicht, die der Richter mit ihnen verbindet[176]).

Es wäre aber falsch, derart zu definieren, daß man sagt, bei abstrakter Bereicherung des Beweismaterials liege Augenschein vor, bei konkreter Bereicherung Durchsuchung. Findet in unserem früher angeführten Beispiel der den Augenschein vornehmende Richter im Mordzimmer zufälligerweise das zur Tat benützte Mordwerkzeug, oder stellt der die Durchsuchung ausführende Richter, nachdem er das Mordwerkzeug entdeckt hatte, im Protokoll fest wie und wo er es gefunden hatte so ist das zweifellos ein Auffinden und ein Konstatieren der Entdeckung im Protokoll. Der Richter hatte jedoch im ersten Fall keine Durchsuchung, sondern offensichtlich eine Augenscheinseinnahme und umgekehrt im zweiten Fall eine Durchsuchung

[174]) Kleinschrod, Krim.-Arch., a. a. O., 1800, 47.
[175]) Brauer, Krim.-Arch., a. a. O., 1846, 592.
[176]) Vgl. auch Meyer, a. a. O., 21.

beabsichtigt, denn er hatte ja gar nicht „durchsucht", und auch das zufällige Konstatieren genügt noch nicht, um der soeben vorgenommenen Untersuchungshandlung den Stempel der Augenscheinseinnahme aufzudrücken. Beide Untersuchungshandlungen erfordern vielmehr ihrem Wesen entsprechend eine auf ihren Zweck abzielende Tätigkeit, also nach ihren Begriffen ein eingehendes Suchen und ein absichtliches Beaugenscheinigen, denn „es ist etwas anderes, ob eine Nachforschung angestellt wird, welche einen bestimmten Zweck verfolgt, auf welche man sich sorgfältig vorbereitet, welche auf Vollständigkeit und Gründlichkeit der Beobachtung abzielt und Gewähr dafür bietet, daß alles Erhebliche wahrgenommen wurde, das nicht Wahrgenommene auch nicht wahrzunehmen war, oder ob man von einem Sinneseindruck überrascht wird, der vielleicht einen Augenblick nicht sorgfältig geprüft, dessen Ursache nicht mit anderen maßgebenden Verhältnissen in Zusammenhang gebracht wird [177])".

§ 11.

Augenscheinsduldungspflicht und §§ 102, 103 StPO.

Wir haben gesehen, daß Augenscheineinnahme und Durchsuchung ganz selbständige Stellungen in der Strafprozeßordnung einnehmen, daß sie völlig für sich geregelt, insbesondere beide nach ihrem Zweck gänzlich verschieden sind. Gerade aus dieser Trennung ergibt sich, daß die Augenscheinsduldungspflicht von der Pflicht zur Duldung einer Durchsuchung niemals gedeckt wird.

Das RG. hat in seiner Entscheidung vom 11. Juni 1886 [178]) den Satz aufgestellt, daß dem uneingeschränkt bestehenden Recht des Richters zur Augenscheinseinnahme insoweit mehrfache Schranken gesetzt seien, als ihr eine Beschlagnahme oder eine Durchsuchung vorausgehen müsse. Tatsächlich sind Beschlagnahme und Durchsuchung Mittel, um einen Augenschein ermöglichen zu können, und sie werden auch meistens eine Augenscheinseinnahme nach sich ziehen, doch gibt das Gesetz keinen Hinweis darauf, daß der Augenscheinseinnahme eine Durchsuchung vorausgehen müsse, und es ist nicht einzusehen, weshalb ein Gegenstand — nimmt man wie das RG. Duldungspflicht an — dessen Lage und Standort man kennt, nicht besichtigt werden kann. Muß dann wirklich erst geprüft werden, ob die Voraussetzungen einer Durchsuchung vorliegen? Geht dem Augenschein eine Durchsuchung voraus, so ist mit dem Auffinden der Beweismittel der Zweck der Durchsuchung erreicht, und es ist nunmehr dem Richter überlassen, mit Hilfe der Beschlagnahme oder mit anderen Mitteln den Augenschein ins Werk zu setzen.

[177]) Glaser, Hdb. I, 657.
[178]) RGE. 14, 189 ff.; 24, 234.

Da Augenschein und Durchsuchung wegen ihrer Wesensverschiedenheit nicht zueinander in ein Abhängigkeitsverhältnis treten können[179]) standen wir vor der Wahl, entweder eine selbstständige Augenscheinsduldungspflicht anzuerkennen oder jede Verpflichtung abzulehnen. Im letzteren Falle wäre aber eine Augenscheinseinnahme nur möglich, wenn der Betroffene die Einnahme des Augenscheins selbst zuläßt — volenti non fit injuria — oder wenn sich das Augenscheinsobjekt in der Verfügungsgewalt des Gerichts befindet.

Bei unserer Untersuchung über eine selbständige Augenscheinsduldungspflicht sind wir davon ausgegangen, daß eine, wenn auch prozessual zulässige Untersuchungshandlung nur dann zwangsweise durchgeführt werden kann, wenn sie sich auf einen machtverleihenden Rechtssatz stützt, der die für das schützenswerte Objekt bestehenden Schutzvorschriften außer Kraft setzt. Unbestrittenermaßen enthalten nun die Vorschriften über die Durchsuchung Bestimmungen, die die für die Privat- und Persönlichkeitssphäre geschaffenen Garantien durchbrechen: Auf Grund der §§ 102 ff. StPO. hat der Richter das Recht, in sehr starkem Maße in die Interessensphäre der Untertanen einzugreifen. Der Betroffene muß seine Wohnung, seine Sachen, seine Schriftstücke und sich selbst Durchsuchungen preisgeben, die ohne alle Rücksicht auf die zu schonenden Interessen, das Schamgefühl usw. vorgenommen werden können, ja sogar manchmal vorgenommen werden müssen. Daß aber solche Eingriffe in der Regel ungleich schärfer sein werden als die, die der Richter zur Durchführung einer Augenscheinseinnahme vorzunehmen genötigt ist, liegt klar zu Tage, denn es ist etwas anderes, wenn in die verborgensten Winkel einer Wohnung geleuchtet, Schränke aufgebrochen und durchsucht werden oder der Körper abgetastet wird, als wenn Örtlichkeiten, Sachen oder Personen in dem Zustande, in dem sie sich gerade befinden, lediglich besichtigt werden. Zwar darf, wie Beling[180]) mit Recht betont, die Durchsuchung nur salva rei substantia erfolgen, doch gilt das gleiche in noch größerem Maße von der Augenscheinseinnahme; es ist auch gar nicht zu befürchten, daß durch die Besichtigung der Gegenstand des Augenscheins verletzt werden würde, weil eben die Augenscheinseinnahme das Objekt so nimmt, wie es ist.

Unbedenklich kann daher die Augenscheinseinnahme der Durchsuchung gegenüber grundsätzlich als der geringere Eingriff in die Privatrechtssphäre des einzelnen bezeichnet werden. Gibt aber das Gesetz bei der Durchsuchung dem Richter und anderen Organen Titel, auf Grund deren sie zu einem grundsätzlich weit stärkerem Maße zu einem Eingriff in die Interessensphäre berechtigt sind, so kann man ohne Bedenken auch zugeben, daß das Gesetz — abgesehen von den

[179]) Vgl. auch Löwe-Rosenberg, 3 zu § 86; Meyer, a. a. O., 29 f.; Dohna, Lb. 121, Anm. 2; Rosenmeyer, Ger.-S. a. a. O., 63, 45/46.
[180]) Beling, Bew.verb. 12.

Voraussetzungen — hier auch dem Richter das Recht zu minderen Eingriffen erteilte.

Dieser Schluß erscheint gerechtfertigt[181]). Die äußere Tätigkeit scheidet Augenscheinseinnahme und Durchsuchung nicht; das einzige Kriterium der beiden Maßregeln ist die Absicht, die der Richter mit der Untersuchungshandlung verfolgt. Der Betroffene kann sich deshalb auch nicht darauf berufen, der Richter dürfe diese Untersuchungshandlungen nur zum Zwecke einer Durchsuchung vornehmen. Denn wenn das Gesetz dem Richter die Macht zur Vornahme einer Handlung verleiht, die ihrem äußeren Anscheine nach sowohl Augenschein als auch Durchsuchung sein kann, so kann es dem Betroffenen ganz gleich sein, nach welchen Gesichtspunkten der Richter seine Tätigkeit ausübt, sofern der damit verfolgte Zweck ein zulässiger ist. — Die prozessuale Zulässigkeit der Augenscheinseinnahme ist in § 86 StPO. ausgesprochen, es bedeutet also keine unzulässige Ausdehnung und widerspricht ihm auch nicht, wenn dem Betroffenen die der prozessualen Statthaftigkeit korrespondierende Verpflichtungen zur Duldung der Augenscheinseinnahme auferlegt wird, d. h. wenn dem Richter eingeräumt wird, das ihm gegebene Zwangsmittel auch in Erreichung eines mit weniger starken Eingriffen zu erzielenden Zwecks anzuwenden.

Auch hinsichtlich der zum Schutze des Betroffenen erlassenen Voraussetzungen gewährt der Augenschein dem Betroffenen größere Garantien als die Durchsuchung und ist ihr gegenüber ein minus. Letztere darf schon stattfinden, wenn Aussicht vorhanden ist, daß sie zur Auffindung von Beweismitteln führen wird, die erstere kann überhaupt erst stattfinden, wenn der Ort, an dem sich das Augenscheinsobjekt befindet, bekannt ist. Während die Ausführung der Durchsuchung dem Richter, der Staatsanwaltschaft oder der Polizei obliegt, kann eine Augenscheinseinnahme nur vom Richter oder von einem Sachverständigen in seinem Beisein vorgenommen werden, und gerade die Beiziehung einer Person mit besonderer Sachkunde bietet sichere Gewähr dafür, daß der Augenschein mit tunlichster Schonung der beeinträchtigten Interessen von statten geht.

In jeglicher Beziehung stellt also die Augenscheinseinnahme einen mindern Eingriff in die Privatsphäre des einzelnen dar als die Durchsuchung.

Wir mußten zugeben, daß in den Vorschriften über Augenscheinseinnahme ein Rechtstitel, der gegenüber den zum Schutze der Privat- und Persönlichkeitssphäre erlassenen Normen derogierenden Charakter hat, nicht enthalten ist. Wir haben es abgelehnt, Augenscheinseinnahme und Durchsuchung in ein Abhängigkeitsverhältnis zueinander zu bringen, weil sie zwei grundverschiedene Prozeßhandlungen

[181]) Vgl. auch Mannheim, „Art. 114 und 115" in Grundrechte und Grundpflichten der RV., 334; Möhring, a. a. O., 37 ff.; ähnlich Gerland, Lb. 231, Anm. 334.

sind. Da jedoch das Gesetz dem Richter bei den Vorschriften über die Durchsuchung die Befugnis zu außerordentlich starken Eingriffen in die Eigentums- und Persönlichkeitssphäre erteilt hat, und da die Augenscheinseinnahme prinzipiell einen geringeren Eingriff in die geschützten Rechtsgüter bedeutet als die Durchsuchung, so ergibt sich der Rechtstitel und die Machtbefugnisse, die den Richter zur Durchführung einer Augenscheinseinnahme ermächtigen, aus einem argumentum a majori ad minus:

Sind bei den Vorschriften der §§ 102 ff. StPO. Eingriffe in die Privat- und Persönlichkeitssphäre zu Zwecken einer Durchsuchung nicht verboten, so können es Eingriffe zum Zwecke einer Augenscheinseinnahme erst recht nicht sein.

Der Augenscheinseinnahme unterliegen demnach alle beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, sowie die Person des Verdächtigen (§§ 86, 102 StPO.). Die Person eines Nichtverdächtigen kann nur mit seiner Einwilligung in Augenschein genommen werden; ein Zwang darf hier jedoch nicht augeübt werden, weil der Einnahme dieses Augenscheins das rechtlich geschützte Gut der Persönlichkeit als relatives nämlich von der Einwilligung des Betroffenen abhängiges Beweisverbot entgegensteht.

§ 12.

§ 193 und § 106 StPO.

Das zeitliche Zusammentreffen der beiden Untersuchungshandlungen bringt noch eine andere Schwierigkeit mit sich. John[182]) wirft folgende Frage auf: „Hat der Beschuldigte das Recht, der Durchsuchung beizuwohnen, falls diese zum Zwecke der Augenscheinseinnahme vom Richter vorgenommen wird?"

Die Beantwortung dieser Frage läßt sich naturgemäß nur dadurch herbeiführen, „daß ausgegangen wird von dem Verhältnisse, das zwischen dem Institut der Augenscheinseinnahme und dem der Durchsuchung besteht". Da wir Augenscheinseinnahme nie von den Voraussetzungen einer Durchsuchung abhängig sein lassen, so fällt uns die Beantwortung der gestellten Frage nicht schwer. Mögen auch die beiden Untersuchungshandlungen in einem Untersuchungsakt zusammenfallen, so bleiben sie doch in sich selbst geschlossene Akte. Ist der Zweck der Durchsuchung erreicht, so ist sie beendigt und abgeschlossen; das Konstatieren gehört alsdann zur Augenscheinseinnahme, soweit der Richter mit der Untersuchungshandlung eine solche Absicht verfolgt. Der Beschuldigte und sein Verteidiger hat daher zwar keinen Anspruch auf Zuziehung zu der Durchsuchung,

[182]) John, Comm. I, 2 zu § 106, 824.

doch kann ihrer Anwesenheit bei der Augenscheinseinnahme nichts in den Weg gelegt werden[183]).

Die Autoren, welche Augenschein und Durchsuchung voneinander abhängig sein lassen, werden natürlich anders entscheiden; so z. B. Stenglein[184]). Nach ihm ist die Anwesenheit des Beschuldigten sowie seines Verteidigers bei der Durchsuchung erlaubt, wenn diese ausschließlich zum Zwecke einer Augenscheinseinnahme vorgenommen wird. „Hat aber", so fährt er fort, „die Durchsuchung andere Zwecke und wird nur gelegentlich die Beschaffenheit der Lokalitäten konstatiert, oder werden zugleich beide Zwecke verfolgt, so prävalieren die Vorschriften über Durchsuchung; denn keine Vorschrift kann Anwendung finden, wenn sie den Zweck der Handlung vereiteln würde". Löwe[185]) verwahrt sich entschieden gegen die Zuziehung des Beschuldigten, obschon die Durchsuchung zugleich eine Augenscheinseinnahme darstellen und obwohl das über eine solche aufgenommene Protokoll die Bedeutung eines Augenscheinsprotokolls gewinnen könne; die Bestimmungen aber, welche die Anwesenheit der Prozeßbeteiligten beim Augenschein betreffen, seien auf den Fall der Durchsuchung nicht zu beziehen und zwar schon deshalb nicht, weil die vorgängige Benachrichtigung von der Durchsuchung meistens geeignet wäre, den Zweck der letzteren zu vereiteln.

Damit gelangen wir zum Kernpunkt dieser Frage. — Letzten Endes ist ja die Gefahr nicht so groß, daß der Beschuldigte während einer Untersuchungshandlung versuchen wird, den Erfolg der Untersuchung wenigstens abzuschwächen, als die, daß er in Kenntnis einer bevorstehenden Untersuchungshandlung alles daran setzen wird, Verdachtsmomente, die durch die Untersuchung gegen ihn zeugen würden, aus der Welt zu schaffen. Nach § 193, Abs. 3 StPO. hat aber der Beschuldigte das Recht, von dem Augenscheinstermine benachrichtigt zu werden und die Besorgnis Löwe's, daß die vorgängige Benachrichtigung den Zweck der vom Richter beabsichtigten Untersuchungshandlung zum mindesten in vielen Fällen gefährden könnte, ist gerechtfertigt. Andererseits kann jedoch ein Protokoll, das unter Verletzung der Vorschriften der §§ 224, 225 StPO. über die Parteiöffentlichkeit aufgenommen wurde, niemals die Bedeutung eines Augenscheinsprotokolls haben[186]; ein solcher Verstoß würde die Revision eines Urteils, das sich auf einem mangelhaften Protokoll aufbaut, begründen.

Soll das über die Untersuchungshandlung aufgenommene Protokoll später ganz oder zum Teil als Augenscheinsprotokoll verwendet werden, so müssen wir zwei Fälle streng voneinander scheiden:

[183]) So im wesentlichen auch John, Comm. I, 824.
[184]) Stenglein, Comm. 6 zu § 106.
[185]) Löwe, Comm. 4. Aufl. 4 zu § 106; vgl. Löwe-Rosenberg, I. 2 zu § 106.
[186]) Vgl. RGE. 1, 256; Rspr. IV, 659.

I. Der Richter nimmt eine Durchsuchung vor und findet Spuren der Tat, die den Gegenstand einer Augenscheinseinnahme bilden können. Ergibt sich nunmehr ein Anlaß zu einem Augenschein, so wird er zu prüfen haben, ob die Herbeirufung des Beschuldigten oder seines Verteidigers ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann, § 193 Abs. 3, und wird, falls die Spuren der Tat sich so lange erhalten lassen, bis der Beschuldigte herbeigerufen ist, denselben herbeirufen lassen. Andernfalls wird er den Augenschein in Abwesenheit der Prozeßbeteiligten vornehmen und das Protokoll abfassen können, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen.

II. Ordnet dagegen der Richter die Durchsuchung zu dem speziellen Zweck einer richterlichen Augenscheinseinnahme an, so ist er verpflichtet, den Beschuldigten von der Einnahme des Augenscheins zu benachrichtigen. Die Befürchtung, daß in diesem Falle die Möglichkeit einer Vereitelung der Durchsuchung und damit auch der Augenscheinseinnahme nur zu groß und verlockend ist, hat demgegenüber keine Berechtigung, denn die dem Beschuldigten durch die Benachrichtigung zu gewährende Möglichkeit, der Augenscheinseinnahme anzuwohnen, kann auch für den Entlastungsbeweis wichtig sein, da sie den Beschuldigten in den Stand setzt, die für ihn erheblichen Punkte an Ort und Stelle zu bezeichnen. — Der Beschuldigte hat eben das Recht, von der Einnahme des Augenscheins benachrichtigt zu werden, und dieses Rechts darf er nach geltendem Recht nicht deshalb verlustig gehen, weil der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte. Außerdem ist es zweifellos besser, dem Beschuldigten bald Gelegenheit zu seinen Gegenzügen zu geben, als daß er durch die Mitteilung der Anklageschrift oder gar erst in der Hauptverhandlung das ihn belastende Material erfährt, und nun aber doch mit seinen Gegenzügen kommt.

Einer Einschränkung wird allerdings Raum gelassen werden können: Ergeben sich nämlich aus der Lage des konkreten Falles solche Umstände, die auch im Rahmen des § 112 StPO. die Anordnung der Untersuchungshaft wegen Kollusionsgefahr rechtfertigen würden, so wird auch die vorgängige Benachrichtigung des Beschuldigten ohne Zweifel unterbleiben dürfen [187]) [188]).

---

[187]) A. M. Meyer, a. a. O., 40, der den Richter in jedem Falle — sei es daß die Augenscheinseinnahme gelegentlich sich der Durchsuchung anschließt, oder sei es, daß die Durchsuchung eigens zu dem Zwecke einer Augenscheinseinnahme angeordnet wird — das Recht zuerkennt, die Benachrichtigung vorerst zu unterlassen, damit der Zweck der Untersuchungshandlungen nicht gefährdet wird.

[188]) Die Entwürfe haben für alle Untersuchungshandlungen die Parteianwesenheit ausgesprochen; s. auch Prot. der Komm. S. 53.

§ 13.

Die Untersuchung des lebenden menschlichen Körpers.

I. De lege lata.

Zum Schluß unserer Ausführungen müssen wir noch einer Untersuchungshandlung Beachtung schenken, die die geltende Strafprozeßordnung im Gegensatz zu älteren Gesetzen mit keinem Wort erwähnt hat, aber doch unserem Strafverfahren geradezu unentbehrlich erscheint[189]) — der Untersuchung des lebenden menschlichen Körpers!

Bei zahlreichen Verbrechen und Vergehen der Sittlichkeit, sowie Verbrechen und Vergehen der Körperverletzung ist die Untersuchung des Körpers des Verletzten die notwendige Voraussetzung für die Entscheidung von Schuld oder Nichtschuld des vermeintlichen Täters und im besonderen für die Anrechnung der Strafschärfungs-, Strafmilderungs-, Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe[190]). Zwar sprach der Abgeordnete Stadthagen in der Reichstagssitzung vom 23. November 1896[191]) der Untersuchung diese Bedeutung ab, weil ein unabhängiger und unparteiischer Richter nie zu einem „schuldig" gelangen könne, wenn die Person, deren Gut verletzt sein soll, sich weigert, dasjenige zu tun, was im Interesse der Verteidigung beantragt sei, sondern in diesem Falle mindestens ein „non liquet" vorliege. Dagegen spricht aber, daß der Richter dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung folgend sehr wohl sein Urteil auf das Zeugnis einer ihm glaubwürdigen Person stützen kann, insbesondere aber, daß, auch wenn der Richter mangels Beweises freispricht, die Ehre des Angeklagten damit nicht wiederhergestellt ist, sondern letzterer vielmehr das größte Interesse daran hat, mangels Schuld freigesprochen zu werden; er hat sogar ein rechtliches Interesse daran, wenn es sich für ihn um eine Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft handelt.

Doch nicht allein, daß man sagt, die Zulässigkeit und die zwangsweise Durchführbarkeit der körperlichen Untersuchung sei „als der Tendenz der Strafprozeßordnung entsprechend und zur richterlichen Rechtsverfolgung durchaus unentbehrlich, zwingend anzuerkennen"[192]), oder das praktische Bedürfnis fordere sie in so gebieterischer Weise, daß man sich nicht entschließen könne, sie für das bestehende Recht zu bestreiten, weil es sich dazuhin auch nicht dartun lasse, „daß man angesichts den ausdrücklichen Erwähnungen in früheren Prozeßordnungen sie durch konkludentes Schweigen hätte beseitigen

---

[189]) v. Kries, Lb. 410; Rosenmeyer, Ger.-S. 63, 42.
[190]) Vgl. Kohler, Goldt. A. 60, 214, Anm. 7.
[191]) Reichstagsverh., Sten.-Ber. 1895/97, 5. Bd., 3402.
[192]) Rosenmeyer, a. a. O., Ger.-S. 63, 41/42.

wollen[193])", kann die Maßregel der Leibesuntersuchung ihre Rechtfertigung finden. Was es mit solchen Argumenten auf sich hat, wurde schon früher in genügender Weise gewürdigt[194]). Wir müssen vielmehr suchen, die körperliche Untersuchung unter einen der in der Strafprozeßordnung vorhandenen Titel zu subsumieren. In Betracht kommen die Institute der Augenscheinseinnahme und der Durchsuchung.

Bevor wir jedoch versuchen, die Leibesuntersuchung mit einem dieser beiden Institute in Einklang zu bringen, müssen wir uns in erster Linie Klarheit über ihr Wesen verschaffen.

Bei der körperlichen Untersuchung handelt es sich darum, die äussere Beschaffenheit oder den inneren Zustand eines lebenden menschlichen Körpers zu erforschen[195]). Das Ziel der Untersuchung ist also nicht, irgend welche Fremdkörper aufzufinden, sondern die Wahrnehmung richtet sich auf die Substanz des menschlichen Körpers selbst. Da nun aber der Körper oder der Teil desselben, den wir wahrnehmen wollen, meistens bedeckt ist, oder die Substanz selbst die gesuchten Merkmale verdeckt, oder indem beides der Fall ist, ist zuvor eine Tätigkeit erforderlich, die erst die erstrebte Wahrnehmung ermöglicht: Es wird in der Regel ein Entkleiden nötig sein, ein Einführen von Instrumenten, ein Eingeben von Medikamenten, ja es kann unter Umständen ein operativer Eingriff in Frage kommen, um über die zu beweisende Tatsache Klarheit erlangen zu können. Mithin fällt unter den Begriff der körperlichen Untersuchung auch diejenige Tätigkeit, durch welche sich dem Untersuchenden erst die Möglichkeit bietet, den Körper seiner Beschaffenheit nach zu erforschen. Beling[196]) definiert mit klaren Worten die körperliche Untersuchung als „die auf sinnliche Wahrnehmung der physischen Beschaffenheit eines menschlischen Körpers gerichtete, den letzteren unmittelbar umfassende Tätigkeit".

Fraglich ist nun, welchen Zwecken die sinnliche Wahrnehmung bei der Leibesuntersuchung dienen soll, ob sie an sich schon eine Bewertung des Beweismaterials enthält, oder ob sie erst dazu dienen soll, dem Gericht Beweismaterial zu verschaffen. Im ersten Falle hätte die entwickelte Tätigkeit den Charakter einer Augenscheinseinnahme, im andern Fall den einer Durchsuchung. Je nachdem der mit der Tätigkeit verfolgte Zweck der einer direkten Beweisaufnahme oder der einer Auffindung von Beweismitteln ist, wird die Unterscheidung ausfallen, ob wir es mit einer Augenscheinseinnahme oder mit einer Durchsuchung zu tun haben[197]).

[193]) v. Kries, Lb. 410.
[194]) Vgl. oben S. 24 ff.
[195]) Beling, a. a. O., 15, 471; Mayer, a. a. O., 43.
[196]) Beling, a. a. O., 15, 472; vgl. Mayer, a. a. O., 43; Pollmann, a. a. O., 17.
[197]) Binding, Grundr. § 74, 137 u. a.

Lassen wir uns zwei Beispiele vor Augen halten:

I. Es wird am oder im menschlichen Körper ein beschlagnahmbarer Gegenstand, d. h. ein Gegenstand, welcher als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein kann, oder der Einziehung unterliegt, gesucht: Ein Dieb hat Goldkörner verschluckt, eine Frauensperson hat Edelsteine in ihren Geschlechtsteilen versteckt.

II. Der menschliche Körper soll selbst als Beweismittel dienen, als Augenscheinsobjekt: der gesuchte Mörder trägt eine bestimmte Tätowierung. Die Identität des Beschuldigten mit dem Mörder kann nur durch die Besichtigung dieser Tätowierung festgestellt werden; oder: nur eine körperliche Untersuchung und Besichtigung der angeblich Verletzten auf die geschlechtliche Unversehrtheit hin kann den Beweis der Schuld oder Nichtschuld des eines Verbrechens der Notzucht Beschuldigten erbringen.

Daß es sich im ersten Fall um eine Durchsuchung im Sinne der §§ 102 ff handelt, ist unbestritten, denn der gefundene Gegenstand kann als Beweismittel selbstständig verwertet werden. Indessen kann aber dieser Fall dem Begriff der körperlichen Untersuchung nicht gerecht werden, weil die entwickelte Tätigkeit nicht auf die sinnliche Wahrnehmung der Substanz, der physischen Beschaffenheit des Körpers gerichtet war, sondern auf die Anwesenheit von Fremdkörpern.

Anders der zweite Fall! Hier konn schon deshalb keine Durchsuchung vorliegen, weil das Ziel der Tätigkeit nicht die Auffindung von Beweismitteln war, denn selbst wenn wir die Tätowierung, die Wunde finden, so ist doch sie nicht das Beweismittel, sondern, da sie zur Pertinenz des Körpers gehört, der Körper selbst[198]). Andererseits wird der Körper Beweismittel nicht erst durch das Auffinden der Tätowierung oder der Wunde, sondern ist es schon im Augenblick der Untersuchung. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß es vor der Untersuchung noch nicht feststeht, ob der Körper überhaupt Spuren oder Merkmale aufweisen wird, denn auch der nichtwissende Zeuge, dessen Aussagen keinen Schluß auf die zu beweisende Tatsache zulassen, bleibt Zeuge. Dementsprechend kann auch das Augenscheinsobjekt, das keine Schlüsse zuläßt, Beweismittel sein, spricht doch § 86 StPO. von Spuren und Merkmalen und setzt nicht voraus, daß diese schon vor der Augenscheinseinnahme vorhanden sind.

Aus diesem Grund ist auch die Defination Beling's[199]), weil der Zweck der Untersuchung „schlechthin ein Finden sei", sei auch die körperliche Untersuchung, wenn sie sich auf das Feststellen von

[198]) Dohna, Lb. 120 und Anm. 99: „Die Durchsuchung des Körpers soll zur Auffindung von Beweismitteln dienen; der Augenschein dagegen ist schon selber Beweisaufnahme, wobei der Körper die Rolle des Beweismittels spielt"; vgl. Löwe-Rosenberg, Comm. 3 zu § 86.

[199]) Beling, a. a. O., 15, 472.

Spuren einer strafbaren Handlung erstrecke, ein Fall der Durchsuchung, verfehlt. Bezeichnet man allerdings die Tätowierung z. B. oder die am Körper befindliche Wunde als Beweismittel [200]), so könnte der Körper nach solchen Beweismitteln durchsucht werden. Die Wahrnehmung und Feststellung dieser mit der Substanz des Körpers zusammenhängenden Beweismittel, wo sie sich befinden und wie sie beschaffen sind, ist aber eigentlich gar kein konkretes, sondern ein abstraktes, geistiges Finden. Welchen Erfolg könnte aber eine Durchsuchung haben in einem Falle, wo sie sich mit dem abstrakten Finden begnügen müßte, wo sie dem Gericht also keine Beweismittel zuführen könnte? Solche Fälle des geistigen Findens kommen eben nur als Fälle der Augenscheinseinnahme in Frage.

Wir stellen somit fest: Die Untersuchung des lebenden menschlichen Körpers ist unter den Begriff der Augenscheinseinnahme zu subsumieren.

Da wir aber bezüglich der Erzwingung einer körperlichen Untersuchung auf die diesbezüglichen Bestimmungen innerhalb der Vorschriften über die Durchsuchung zurückgreifen müssen, ist uns verwehrt, die Person des Nichtverdächtigen einer Leibesuntersuchung zu unterwerfen.

Den von uns gekennzeichneten Standpunkt nahm auch die Kommission ein, die im Jahre 1898 dem Reichstag über den Entwurf einer MGO. Bericht erstattete [201]), und eine große Zahl von Schriftstellern. Löwe-Rosenberg [202]) sagt: „Entscheidend für die rechtliche Natur der körperlichen Untersuchung ist der Zweck derselben; ein Augenschein liegt vor, wenn der menschliche Körper selbst als Beweismittel dienen soll, eine Durchsuchung liegt vor, wenn Fremdkörper, welche angeblich im oder am menschlichen Körper verborgen sind, als Beweismittel dienen sollen".

Von den gegnerischen Ansichten wurde die Beling's bereits gestreift. Friedrichs [203]) behauptet, die körperliche Untersuchung sei eine geeignete Grundlage für den Augenscheins- und Sachverständigenbeweis, falle aber stets zugleich unter den Begriff der Durchsuchung.

[200]) Mayer, a. a. O., 47 ff.

[201]) Löwe-Rosenberg, Comm. 1 zu § 86; so auch Geyer, Lb. 563: „Zu unterscheiden von Aus- und Durchsuchung ist die Untersuchung einer Person zum Zwecke der Feststellung von Spuren eines Verbrechens, die an ihr gefunden werden sollen. Eine solche Untersuchung fällt unter den Begriff der Augenscheinseinnahme"; v. Holtzendorff, Hdb. I, 325 (unrichtig Mayer, a. a. O., 50 über v. Holtzendorff); v. Kries, Lb. 410; Voitus, Kontrov. II, 276; Binding, Grdr. 137; Rosenmeyer, a. a. O., 44; Dohna, Lb. 120 und Anm. 99, 117; Ehrenfreund, Goldt. A. 53, 21, 22; Mayer, a. a. O., 49; wohl auch zustimmend Gerland, Lb. 230; Koppmann, Comm. MGO. 7 zu § 232: „Untersuchung ist nicht gleich Durchsuchung"; Weigel, MGO., 124; Pechwell, MGO. 292: „Durchsuchung ist nicht gleichbedeutend mit Untersuchung einer Person".

[202]) Sten.-Ber. 1897/98, 2. Anl.-Bd., Aktenst. 150, 1540.

[203]) Friedrichs, a. a. O., 19, 391.

Auch Bennecke[204]) bezeichnet die Leibesuntersuchung als eine Art der Durchsuchung. Über Beling's Ansicht äußert sich Binding[205]), nachdem er die Unterscheidung zwischen Augenscheinseinnahme und Durchsuchung getroffen hatte, ihm scheine, daß das Gesetz einer solchen Deutung widerstrebe, sodann liege aber die Durchsuchung ebenso außerhalb, wie der Augenschein innerhalb des Beweises.

Die schon mehrmals erwähnte Entscheidung des RG.[206]) nimmt einen ähnlichen Standpunkt ein. In dem damals zur Beurteilung stehenden Fall war der Angeklagte wegen Sittlichkeitsverbrechens verurteilt worden. Die Revision stützte sich darauf, daß dem Antrag der Verteidigung, zwei Mädchen von noch nicht ganz 14 Jahren ärztlich untersuchen zu lassen, um festzustellen, ob diese geschlechtlich unversehrt seien, also auch vom Angeklagten nicht mißbraucht sein konnten, vom Gericht nicht entsprochen worden war, und zwar mit der m. E. richtigen Begründung, das Gesetz lasse kein Zwangsmittel zu, bei den Mädchen eine körperliche Untersuchung — sie hatten sich geweigert, sich körperlich untersuchen zu lassen — wider ihren Willen vorzunehmen. Der Revision wurde durch das RG. stattgegeben. In seiner Entscheidung bringt das RG. die Leibesuntersuchung unter den Begriff der Augenscheinnahme, läßt sie aber von den Voraussetzungen der Durchsuchung abhängig sein, so daß bei mangelndem Einverständnis des Betroffenen nur unter den Voraussetzungen des § 102, 103 StPO. die Untersuchung vorgenommen werden könne. Die ausdehnende Auslegung des RG. über den § 103 „es könne auch beim Nichtverdächtigen eine Durchsuchung seiner Person stattfinden" haben wir schon früher als irrig gerügt.

Es bleibt uns noch, die Frage nach der Intensität der Leibesuntersuchung zu beantworten. Leider läßt das Gesetz bei der Beantwortung dieser Frage uns im Stiche. Kreß[207]) gestattet solche Eingriffe, die nach den Regeln eines Naturgesetzes in jedem Falle binnen einer bestimmten Frist eindruckslos verschwindende Spuren zurücklassen. Am weitesten geht Rosenfeld[208]). Er läßt jeden ohne erhebliche Schädigung, insbesondere dauernde Schädigung möglichen Eingriff

[204]) Bennecke, Lb. 376, u. Anm. 15; in ähnlicher Weise äußern sich Delius, LZ. 8, 1257; John, Comm. I. 726, 818 ff; Löwe, 2. Aufl. 2 a zu § 86; Stenglein, Ders., Ger. S. 57, 17 u. Comm. 5 zu § 86, 2 zu § 103; Bennecke-Beling, Lb. 336; Keller, Comm. 1 zu § 102; Feisenberger, Comm. 92; Kohler, Goldt. A. 60, 214; Kreß, BayZ. 2, 220; Herrmann, a. a. O., 3 ff.; vgl. a. Brauer, a. a. O., 586.

[205]) Binding, Grdr. 137.

[206]) RGE. 14, 189; Recht, Jg. 1902, 514; vgl. Entsch. d. Kammerger. ZStW. 44, 485.

[207]) Kreß, BayZ. 2, 224; ähnlich Beling, Bew.verb. 11, 12; Ders. ZStW. 15, 494; Bennecke-Beling, Lb. § 106; Gerland, Lb. 230; Mannheim, in Grundr. u. Grundpfl. d. RV. 334; Löwe-Rosenberg, Comm. 3 vor § 102; Rosenmeyer, Ger.S. S. 63, 50; Mayer, a. a. O., 30.

[208]) Rosenfeld, Lb. 186, u. Anm. 6.

— auch eine Operation bedenkenlos zu. Rosenfeld begründet seinen Standpunkt damit, und darin ist ihm auch ohne weiteres beizupflichten, daß Fälle eintreten können, in denen nur ein operativer Eingriff beweiserheblich sein kann. Aber trotz dieser Erkenntnis ist ein solch mitunter folgenschwerer Eingriff gesetzlich doch keineswegs gerechtfertigt. Daraus allein, daß eine körperliche Untersuchung erzwungen werden kann, darf man noch nicht die grenzenlose Statthaftigkeit bis zur „Negierung der Persönlichkeit[209])" eines jedweden Untersuchungsmittels ableiten, vielmehr muß man angesichts der in Art. 114 verbrieften modernen Rechtsauffassung daran festhalten, daß nur das „bloße Beaugenscheinigen" gestattet ist. In Erwägung der widerstreitenden Interessen können wir allenfalls solchen Hilfsmaßnahmen nicht entraten, die so eng mit nahezu jeder Besichtigung verbunden sind, daß ihre Zulässigkeit als vom Gesetz unzweifelhaft gewollt anzusehen ist.

Der Beschuldigte wird auf alle Fälle ein Zurückstreifen der Kleidung oder ein völliges Entkleiden erdulden müssen, je nachdem ein Körperteil oder der ganze Körper besichtigt werden soll; desgleichen wird er sich eine Messung nach dem früher allgemein üblichen Bertillon'schen System und der Abnahme von Fingerabdrücken nicht entziehen können. Dagegen wird er sich gegen jede Beeinträchtigung der Körperintegrität, gegen Zufügung von Schmerz oder Aufhebung der Willensfreiheit, auflehnen können[210]).

§ 81 c des Entwurf IV hat diese Frage im großen und ganzen in unserem Sinne erledigt[211]). In Anbetracht der außerordentlichen Wichtigkeit der zu einer Leibesuntersuchung notwendigen Hilfsmaßnahmen wäre es jedoch verständlich, und das wäre auch bei einer Neufassung des Gesetzes wohl zu erwägen, daß Eingriffe in die Körperintegrität wenigstens leichteren Grades — natürlich in scharf umgrenzter Form und nur unter der Bedingung, daß Leib und Leben des Betroffenen nicht gefährdet werden — gestattet werden würden. Denn oft steht die zugefügte Verletzung in keinem Verhältnis zu der Bedeutung der Handlung, daß man sich auch de lega lata schwer entschließen kann, sie nicht durchzuführen[212]).

Wie bei jeder Untersuchungshandlung, so ist auch bei der körperlichen Untersuchung dem freien Ermessen des Richters anheim gegegen, ob eine Leibesuntersuchung vorgenommen werden solle oder

[209]) Beling, Bew.verb. 11.

[210]) Verboten ist also insbesondere die Eingabe von Brechmitteln oder die Hypnose; das Rasieren des Bartes, Abschneiden der Haupthaare u. ähnl. wird dann zugelassen sein, wenn dadurch nicht die Erkennung der Identität des Betroffenen mit dem Gesuchten unmöglich gemacht wird; vgl. ein Fall aus der Praxis bei v. Kries, ZStW. 6, 147, Anm. 2. DRZ. 1929, 311, Nr. 714: das RG. hielt im Beschl. des 4. Strafsenats vom 21. 3. 29 eine Blutentnahme als Beweismittel bei Eidesverletzung für unzulässig.

[211]) Vgl. S. 73.

[212]) Vgl. Mayer, a. a. O., 53.

nicht; das RG. appelliert an das Taktgefühl des Richters, wenn es in seiner Entscheidung [213]) betont: „Selbstverständlich gehört es zu den Dienstpflichten des Richters, das weibliche Schamgefühl nach Möglichkeit zu schonen. Er hat von Maßregeln, die ein solches Gefühl verletzen, wenn andere Mittel zum gleichen Zwecke führen, abzusehen". Vom Standpunkt der Unmittelbarkeit aus müßte man zunächst ja fordern, daß die Untersuchung vor dem erkennenden Gerichte zu geschehen hat; daß aber die körperliche Besichtigung einer Frauensperson oder eines Kindes gerade in der Hauptverhandlung vorgenommen werden müsse, ist nun doch nicht anzunehmen [214]). Hiezu fehlt dem Richter in der Regel auch die erforderliche Sachkenntnis und die Ausbildung, vornehmlich wenn es sich darum handelt, ob die Person geschlechtlich intakt sei, ob Anzeichen einer bestehenden Schwangerschaft vorliegen oder eine Abtreibung. In solchen Fällen wird der Richter, wenn er nicht gerade ganz besondere Gründe hat, der Besichtigung beizuwohnen, diese einem oder mehreren Sachverständigen übertragen. Das RG. hält es sogar für kaum denkbar, daß ein Richter zu einer Besichtigung des weiblichen Körpers sich bewogen fühlen könnte.

Nimmt aber der Sachverständige die Leibesuntersuchung vor, so bildet seine Wahrnehmung die Grundlage für einen Sachverständigenbeweis, und die vorgenommene Untersuchung ist eben keine richterliche Augenscheinseinnahme mehr. Deshalb wird man sich die Frage stellen müssen: Kann einer von Seiten des Sachverständigen beabsichtigten Leibesuntersuchung von dem Betroffenen Widerstand entgegengesetzt werden, muß sich der Betroffene eine körperliche Untersuchung durch Sachverständige gefallen lassen?

§ 86 StPO. spricht nur vom „richterlichen Augenschein" und verleiht auf den ersten Blick nur dem Richter Zwangsgewalt zur Durchführung. Es steht aber nichts im Wege, ganz allgemein auch demjenigen die Befugnis zur Anwendung von Gewalt zukommen zu lassen, dem der Richter die Vornahme der Handlung rechtmäßig übertragen hat. Indessen kann naturgemäß eine Übertragung nur insoweit erfolgen, als nicht darin eine Überschreitung der Machtgrenzen und eine Verletzung verfassungsrechtlich statuierter Grundsätze gesehen werden kann. Wenn nun § 86 das Recht zum „richterlichen Augenschein" betont, so tut er das zum wenigsten im Hinblick auf das betreffende Augenscheinsobjekt, sondern lediglich im Interesse der besonderen Art der Beweisführung [215]). Darüber hinaus könnten aber

---

[213]) RGE. 14, 192/193; 21, 227; Rspr. III, 544.

[214]) Friedrichs, ZZP. 19, 397 u. Anm. 1: „Das Peinliche des Vorgangs kann vielfach dadurch vermieden werden, daß der Schauplatz von der Gerichtsstelle weg in einen andern Ort, etwa den Saal eines Krankenhauses verlegt wird; eine solche Schonung wird in manchen Fällen die Untersuchung fördern".

[215]) v. Schwartze, Comm. 218; John, Comm. I, 718,

am allerwenigsten gegen die Übertragung der Machtbefugnisse Einwendungen erhoben werden, wenn eine solche Delegation im Interesse des Betroffenen erfolgt; dies ist stets dann der Fall, wenn der Richter einen Sachverständigen mit der Untersuchungshandlung beauftragt. — Es bedarf wohl keiner besonderen Erwähnung, daß eine Überschreitung der Machtbefugnisse, soweit sie sich als Mißbrauch der dem Delegaten zustehenden Zwangsgewalt entpuppen würde, für den Untersuchten keinerlei Rechtswirkungen hervorrufen könnte, er könnte sich deshalb jederzeit dem Beauftragten widersetzen. Das RG. äußerte sich zu diesem Punkt folgendermaßen: „Der mit einer Besichtigung beauftragte Sachverständige kann zur Durchführung des Auftrags eine weitere Zwangsgewalt nicht in Anspruch nehmen als seinem Auftraggeber, hier dem Richter, zustehen würde, wenn dieser in eigener Person die Besichtigung vornähme. Die Pflicht zur Duldung einer ärztlichen Besichtigung geht daher über die Grenzen der Verpflichtung, den richterlichen Augenschein zu dulden, nicht hinaus [216])".

Zusammenfassend gelangen wir somit zu folgendem Ergebnis:

Die Untersuchung des lebenden menschlichen Körpers fällt unter den Begriff der Augenscheinseinnahme. Anordnung und Durchführung steht dem Richter zu. Die Untersuchung wird von ihm, womöglich immer unter Zuziehung von Sachverständigen vorgenommen, kann aber auch einem Sachverständigen allein übertragen werden und bildet dann die Grundlage für einen Sachverständigenbeweis. Zur Duldung ist lediglich der Verdächtige verpflichtet. — Gegen die Anordnung der Leibesuntersuchung ist Beschwerde gem. § 304 StPO. zulässig, doch hat sie stets nur fakultativen Suspensiveffekt, § 307 StPO.

II. De lege ferenda.

Bald nach Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung setzte der Streit über die Auslegung des geltenden Rechts bezüglich die Untersuchung des lebenden menschlichen Körpers im Strafverfahren ein. Insbesondere war es das Urteil des RG. vom 11. Juni 1886, welches nicht nur in der Literatur, sondern auch im Reichstag auf heftigen Widerspruch stieß. In der Behandlung dieser Frage zeigte sich aber auch weiterhin, daß nicht nur die Auslegung des geltenden Rechts,

[216]) RGE. 14, 192; so auch RG. im Recht 1902, 514: „Dem mit der Besichtigung des Körpers einer Person beauftragten Sachverständigen stehen zur Durchführung des Auftrags keine weiteren Zwangsmittel zur Verfügung als seinem Auftraggeber. Die Pflicht zur Duldung einer ärztlichen Besichtigung geht daher über die Pflicht, den richterlichen Augenschein über sich ergehen zu lassen, nicht hinaus. Friedrichs, a .a. O., 19, 396; Löwe-Rosenberg, 3b zu § 86; v. Holtzendorff, Hdb. I, 324, dagegen Beling, ZStW. 19, 494; Rosenmeyer, Ger.S. 63, 52, 51 u. Glaser, Hdb. II, 291, Anm. 23 u. a.

sondern auch die Gestaltung des zukünftigen Rechts mannigfachen Meinungsverschiedenheiten begegnete.

Der dem Reichstag am 13. Dezember 1895 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen und Ergänzungen des GVG. und der StPO. enthält zwar noch keine Änderung der Vorschriften über Augenschein und Durchsuchung, doch wurde bereits in der ersten Lesung der im Jahre 1896 eingesetzten Kommission zur Prüfung der Vorlage vom Abgeordneten Rintelen der Antrag gestellt, zu beschließen, dem § 103 als dritten Satz hinzuzufügen:

a) „Die Untersuchung des Körpers einer Person zum Zwecke der Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung gegen den Willen der Person ist unzulässig".

b) „Die körperliche Untersuchung von Frauenspersonen ist im Falle der Verfolgung der aus Abschnitt XII des RStGB. strafbaren Handlungen gegen den Willen unzulässig".

Während in erster Lesung wenigstens der Antrag a angenommen wurde, hob die Kommission in zweiter Lesung ihren Beschluß erster Lesung wieder auf, so daß es bei den bestehenden Vorschriften sein Bewenden hatte. Von den Gegnern wurde dabei hervorgehoben, daß häufig der Körperbefund für die Überführung eines Beschuldigten, nicht minder aber auch für dessen Entlastung von größter Bedeutung sei, und daß eine diskret vorgenommene körperliche Untersuchung das Schamgefühl einer weiblichen Person auch nicht mehr verletze als die unvermeidliche Examination über sexuelle Angelegenheiten vor versammeltem Gericht[217]). — Zur zweiten Beratung des Entwurfs im Plenum brachte Rintelen einen mit dem in der Kommission abgelehnten Antrag a gleichlautenden Antrag ein[218]); in der Sitzung vom 23. November 1896 kam dieser Antrag zur Beratung und wurde angenommen. Von der gegnerischen Seite wurden die gleichen Argumente ins Feld geführt wie in den Kommisionssitzungen, doch fand die Meinung Rintelens bei der Mehrheit Anklang. Er führte aus, daß die körperliche Untersuchung trotz der möglichsten Dezenz unter gewissen Umständen doch immer eine unerhörte Brutalität und Tortur bleibe, jede Gewalt gegen unverdächtige Personen zum Zwecke ihrer körperlichen Untersuchung empöre ihr Gefühl und sei ein „Attentat auf die Freiheit, die Sittlichkeit, die Ehre eines freien, unbescholtenen, unverdächtigen Staatsbürgers", verletze überdies — namentlich bei Frauen — auf das tiefste das Schamgefühl.

Der Entwurf scheiterte jedoch an den vielfachen erheblichen Meinungsverschiedenheiten zwischen Parlament und Regierung und wurde nicht Gesetz. Nunmehr nahm man eine umfassende Revision des gesamten Strafprozeßrechtes in Aussicht und berief im Jahre 1903 zu ihrer Vorbereitung die „Kommission zur Reform des Strafprozes-

[217]) Sten.Ber. 1895/97, 3. Bd. Aktenstück 294, 1580.
[218]) Sten.Ber. 1895/97, 5. Anl. bd. Aktenstück 638, 5. Bd. 3399 ff., 3408.

ses" ein [219]), deren Aufgabe es sein sollte, auf Grund ihrer eigenen Überzeugung und ohne an amtliche Instruktionen gebunden zu sein, die bisher als streitig erwiesenen Grundsätze und im Anschluß daran auch andere wichtige Fragen aus dem Gebiete des Strafprozesses an der Hand eines gestellten Programms und gegebenenfalls auch über den Rahmen desselben hinaus einer eingehenden Beratung zu unterziehen, um dadurch die Grundlage für die Ausarbeitung eines neuen Gesetzesentwurfes zu schaffen [220]).

Der Augenschein als solcher wurde von der Kommission nicht berührt; unter dem Titel „Durchsuchung der Person" wurde ihr vom Reichsjustizamt folgende Frage gestellt:

> „Bedarf es einer besonderen Regelung der Frage, ob behufs Verfolgung von Spuren einer Straftat die körperliche Untersuchung unverdächtiger Personen gegen den Willen angeordnet werden kann?
>
> Wie sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Anordnung zu bestimmen? § 103 StPO.".

Die Kommission beriet diese Frage auf der Grundlage des § 103 StPO., wie ja auch das Reichsjustizamt die „Untersuchung von Personen" nur unter dem Gesichtswinkel der Durchsuchung betrachtete, und stellte sich in der Hauptsache auf den Standpunkt der RG.-Urteils vom 11. Juni 1886, indem sie die Untersuchung Unverdächtiger schrankenlos auch gegen den Willen für zulässig erklärte. Die große Mehrheit ging von der Erwägung aus, daß ein in der Gesetzgebung allgemein anerkanntes ausschließliches Recht der Person über ihren eigenen Körper, das dahin führen müsse, anzuerkennen, daß unverdächtige Personen nicht wider ihren Willen körperlich untersucht werden dürfen, nicht existiere, werde doch auch sonst über den Körper einer Person vielfach ohne ihr Einverständnis im Interesse der Allgemeinheit verfügt, ohne daß dieselbe eine strafbare Handlung begangen habe, z. B. bei Musterungen, Quarantänen und dgl. Der allerdings schwere Eingriff in die persönlichen Rechte müsse im Interesse der Allgemeinheit hingenommen werden. Für die Wahrheitserforschung sei die Untersuchung Unverdächtiger namentlich auch zur Führung des Entlastungsbeweises — unbedingt notwendig, insbesondere bei Sittlichkeitsverbrechen.

Dem weiblichen Schamgefühl kam man insofern entgegen, als Beschlüsse Annahme fanden, die u. a. auch die körperliche Untersuchung von Frauenspersonen nur durch einen oder mehrere Ärzte für zulässig erklärten [221]). Entgegenstehenden Anträgen und Einwänden,

---

[219]) Die Komm. tagte vom 10. 2. 1903 bis 8. 7. 1904 und vom 4. 10. 1904 bis 1. 4 1905. Die Besprechungen wurden in den „Protokollen der Kommission für die Reform des StPr." im Jahr 1905 herausgegeben.

[220]) Protokolle Bd. I, 9.

[221]) Protokolle, Bd. I, 79—82; II, 179 ff.

daß die von der Kommission eingenommene Stellung schließlich dazu führen müsse, daß eine unverdächtige Person auch zur Einnahme von Arznei- und Brechmitteln oder zur Duldung einer Operation gezwungen werden könne, wenn diese für das Ergebnis der Untersuchung notwendig erscheine, wurde kein Raum gelassen. — Der Antrag, zur Erzwingung der körperlichen Untersuchung außer der absoluten Gewalt auch die in § 70 StPO. bestimmten Zwangsmittel zuzulassen, wurde abgelehnt. Die Mehrzahl der Mitglieder war in Übereinstimmung mit dem RG. der Anschauung, daß die Analogie mit dem Zeugniszwang nicht zutreffe; die Erzwingung einer Leibesuntersuchung sei unmittelbar auch gegen den Willen des Zeugen durchführbar, der Zeuge könne aber nicht durch Gewalt unmittelbar zur Sprache gebracht werden. Würden die Zeugniszwangsstrafen aber Anwendung finden, so wäre die Gefahr einer Verzögerung des Verfahrens zu groß und würde unter Umständen den Zeugen geradezu anreizen, die Untersuchung zu verweigern, der unmittelbare Zwang müsse daher schon im Interesse der Staatsautorität gefordert werden.

Gegen den aus der Mitte der Kommission erfolgten Hinweis auf das Verhältnis zwischen Augenschein und Durchsuchung, „daß, wenn man die körperliche Durchsuchung zulasse, damit auch die Augenscheinseinnahme an der Person des zu Untersuchenden von selbst gestattet sei[222])", erhob sich keinerlei Widerspruch. Mag nun auch die Frage, ob der Augenschein als solcher unabhängig von den Voraussetzungen der Durchsuchung erzwungen werden könne, nicht Gegenstand der Beratung gewesen sein, so werden wir doch im Hinblick auf die unwidersprochene Äußerung in der Annahme nicht fehl gehen, daß die Bejahung dieser Frage der Einstellung der Kommission entsprach.

Der Entwurf 1908, Entwurf I hat in dem Streit, unter welche der in der Strafprozeßordnung vorhandenen Vorschriften die körperliche Untersuchung zu bringen sei, endgültig Klarheit geschaffen, indem er sie von der Durchsuchung abtrennt und als einen Akt der Beweisaufnahme behandelt. Der Entwurf empfindet es aber als eine Ungerechtigkeit, dem Unverdächtigen die Verpflichtung, sich körperlich untersuchen zu lassen, unter gleichen Voraussetzungen aufzuerlegen wie dem Verdächtigen. Er bestimmte deshalb in seinen beiden §§ 81 und 82:

> § 81. „Eine körperliche Untersuchung des Verdächtigen darf zum Zwecke der Feststellung von Tatsachen, die für die Untersuchung von Bedeutung sind, angeordnet werden.
>
> Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefahr im Verzug auch der Staatsanwaltschaft zu. Weigert sich der Verdächtige, sich der von der Staatsanwaltschaft angeordneten Untersuchung zu unterwerfen, so bedarf es richterlicher Anordnung. Gegen die

[222]) Protokolle, Bd. II, 180.

richterliche Anordnung ist sofortige Beschwerde zulässig. Die Vornahme der Untersuchung ist, sofern dadurch nicht der Zweck der Maßregel gefährdet wird, bis zur Entscheidung über die Beschwerde auszusetzen.

Die körperliche Untersuchung einer weiblichen Person ist einem Arzt zu übertragen; bei Gefahr im Verzug darf sie einer Frau übertragen werden. Der Arzt kann eine weitere Medizinalperson oder eine Frau zuziehen. Andere Personen dürfen bei der Untersuchung nicht zugegen sein; doch soll auf Verlangen der von der Untersuchung Betroffenen oder ihres gesetzlichen Vertreters eine andere weibliche Person oder ein Angehöriges zugelassen werden".

§ 82. „Eine körperliche Untersuchung einer nichtverdächtigen Person ist ohne deren Einwilligung nur zulässig, wenn sie zum Zwecke der Feststellung, ob eine bestimmte Spur oder Folge einer strafbaren Handlung an dem Körper der Person sich befindet, unerläßlich ist.

Die Vorschrift des § 81, Abs. 2, 3 finden mit der Maßgabe Anwendung, daß die Beschwerde gegen die Anordnung der Untersuchung aufschiebende Wirkung hat."

Der Entwurf 1909, Entwurf II [223]), nimmt im wesentlichen auch im gleichen Wortlaut in den §§ 81 und 82 dieselbe Stellung ein wie der vorhergehende Entwurf I; allerdings wird der Suspensiveffekt der dem Unverdächtigen in § 82, Abs. 2 Entwurf II gewährten Beschwerde gegen die Anordnung der Augenscheinseinnahme beseitigt und auf § 81, Abs. 2 verwiesen, wonach die Vornahme der Untersuchung bis zur Entscheidung über die Beschwerde nur auszusetzen ist, soweit dadurch nicht der Zweck der Maßregel gefährdet wird. Die Anträge, welche die zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen von der Untersuchungsduldungspflicht befreit wissen wollten, wurden von der Kommission nicht berücksichtigt [224]).

Der dem Reichsrat im Jahre 1919 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, Entwurf III, entnahm in seinen §§ 101, 102 die Vorschriften über die Leibesuntersuchung nach Fassung und Inhalt dem Entwurf II.

Die §§ 81a, 81b des Art. 66, Ziff. 36 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen StGB. vom Jahre 1929, Entwurf IV [225]), der neuesten Reformbestrebung auf diesem Gebiet, sind gleichfalls aus dem Entwurf II übernommen. Neu ist die Bestimmung des § 81 c des Entwurfs IV, auf die schon S. 67 hingewiesen wurde. Um jeden Zweifel an der Zulässigkeit der erforderlichen

[223]) Sten.Ber. 1909/11, Anl. bd. 270, Drucks. Nr. 7.

[224]) Sten. Ber. 1909/11, Anl. bd. 277, Aktenst. 638.

[225]) Daß die Unterbringung der Paragraphen, die sich mit der Aenderung der StPO. befassen, im Einführungsgesetz zum StGB. nur ein Provisorium sein kann und darf, muß betont werden; die Einverleibung geschah nur, um den notwendigen Einklang zwischen beiden Gesetzen herbeizuführen.

Maßnahmen für die erkennungsdienstliche Behandlung des Beschuldigten auszuschließen, wird angeordnet, daß Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen den Willen desselben aufgenommen und Messungen oder ähnliche Manipulationen an ihm vorgenommen werden dürfen, soweit es für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens oder für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist.

Die durch die Reformbestrebungen gewonnenen Regelungen, Scheidung der körperlichen Untersuchung von der Durchsuchung der Person, Gegensatz zwischen Verdächtigen und Unverdächtigen und Schonung des Schamgefühls, insbesondere des weiblichen, können im allgemeinen als glückliche Lösung angesehen werden, doch kann man sich bei näherer Betrachtung der einzelnen Bestimmungen einer Kritik nicht enthalten.

Zunächst ist man versucht, daraus, daß der Zweck der körperlichen Untersuchung ein „Feststellen" ist, und daraus, daß die Vorschriften über körperliche Untersuchung in allen Entwürfen in dem Abschnitt über „Sachverständige und Augenschein" stehen, die Folgerung zu ziehen, daß die Leibesuntersuchung einen Fall des zusammengesetzten Augenscheins, einen Akt der Beweisaufnahme oder einen Sachverständigenbeweis abgebe [226]). Allein nach den Entwürfen steht dem Richter nur die Anordnung der Untersuchungshandlung zu, bei Gefahr im Verzug auch der Staatsanwaltschaft, es ist nicht auch nötig, daß gerade der Richter oder ein Sachverständiger die Untersuchung vornimmt — ihre Ausführung kann jeder beliebigen Person übertragen werden. Die Bestimmung zugunsten der weiblichen Personen, daß die körperliche Untersuchung einem Arzt zu übertragen sei, wurde auch wie die Begründungen hervorheben, nicht deshalb getroffen, um der Untersuchungshandlung die Gestalt eines Sachverständigenbeweises zu geben, sondern lediglich darum, das Empfinden weiblicher Personen zu schonen [227]). Die Entwürfe schufen damit einen neuen Begriff, der seine Richtung nicht nach der Seite des Beweisrechts, als vielmehr nach der kriminalpolizeilichen Seite zu nimmt, werden aber damit der Eigenart der körperlichen Untersuchung nicht gerecht. Am naheliegendsten wäre es gewesen, die Leibesuntersuchung nach Art des zusammengesetzten Augenscheins zu regeln, oder doch im Gesetz dem Ausdruck zu geben, was sich die Entwürfe I und II unter einer körperlichen Untersuchung vorgestellt haben. „Als körperliche Untersuchung", wird dort gesagt, „bezeichnet der Entwurf die Untersuchung einer Person, die von einem Sachverständigen im Auftrag des Gerichts oder einer Strafverfolgungsbehörde zu dem Zwecke vorgenommen wird, um festzustellen, ob aus dem Zustande des

[226]) Vgl. a. Mayer, a. a. O., 58.
[227]) Begründung, Entwurf III, 89.

Körpers auf die Begehung einer strafbaren Handlung geschlossen werden kann [228]).

Pollmann [229]) bemängelt an den Entwürfen, daß sie alle die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Leibesuntersuchung stattfinden dürfe, einseitig nach der Größe des staatlichen Interesses an der Untersuchung, nicht auch nach der Größe des Privatinteresses, das verletzt wird, beurteilen. Pollmann möchte deshalb den Abs. 1 des § 102 Entwurf III folgendermaßen gefaßt sehen: „Eine nichtverdächtige Person darf ohne ihre Einwilligung nur untersucht werden, wenn die Wichtigkeit der Feststellung, ob sich an ihrem Körper eine bestimmte Folge einer strafbaren Handlung befindet, die Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit, welche mit der körperlichen Untersuchung verbunden ist, rechtfertigt". Eine solche Fassung der Bestimmung ist m. E. überflüssig. Dem Richter obliegt nach den Entwürfen ja schon von vornherein die Prüfung der Frage, ob die Feststellung von Spuren einer strafbaren Handlung am Körper unumgänglich notwendig ist, ob nicht andere Beweismittel ebenso gut oder besser zum Ziele führen können; gelangt er aber zu der Ansicht, daß eine Leibesuntersuchung unerläßlich ist, so wird auch in jedem Falle der damit verfolgte Zweck den Eingriff in die körperliche Freiheit „auch eines unbescholtenen jungen Mädchens mit stark ausgeprägtem Ehr- und Schamgefühl" rechtfertigen.

Zur Frage der Untersuchungsduldungspflicht der zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen haben die Entwürfe überhaupt nicht Stellung genommen. Es besteht zwar zwischen der Zeugnis- und der Untersuchungspflicht kein innerer Zusammenhang. Der Richter sollte aber trotzdem gegen den Willen der zeugnisverweigerungsberechtigten Person eine Leibesuntersuchung nicht vornehmen dürfen [230]); denn allzuoft könnte die Benutzung des durch eine solche Untersuchung gewonnenen Ergebnisses das Zeugnisverweigerungsrecht illusorisch machen. Als der Gesetzgeber die Angehörigen des Beschuldigten von der Verpflichtung zur Aussage befreite, war ihm nicht allein die Gefahr der falschen Aussage, die Versuchung des Meineids ausschlaggebend, sondern es schwebte ihm auch der Gedanke vor, daß es für den Zeugen ein niederdrückendes Gefühl sein müsse, durch seine wahrheitsgemäße Aussage den Beschuldigten belastet zu haben, denn sonst wäre es nicht zu ersehen, warum in § 95 StPO. die zur Zeugnisverweigerung Berechtigten der Editionspflicht

[228]) Begr. Entwurf I, 186; Entwurf II, 88.

[229]) Pollmann, a. a. O., 43.

[230]) Gl. M. Rintelen in der Reichstagssitzung vom 23. Nov. 1896, Sten. Ber. 1895/97, Bd. 5, 3400; Ehrenfreund, a. a. O., 25; Löwenstein bei Aschrott, 274; v. Liszt, „Nation", a. a. O., 339 f; Herrman, a. a. O., 41; Vargha, a. a. O., 515. A. M.: Pollmann, a. a. O., 45: „der Staat kann nicht, wenn er schon von Amts wegen tätig wird, in so weitgehendem Maße auf die Mitwirkung der Bürger an der Rechtsverfolgung verzichten" (im Widerspruch mit seiner S. 43 a. a. O. an den Tag gelegten Auffassung).

nicht unterliegen. Da hier eine Gefahr des Meineids gewiß nicht vorliegt, ist es offenbar, daß den Angehörigen des Beschuldigten die ethischen Bedenken erspart bleiben sollten, zu seiner Überführung beigetragen zu haben. Und gerade dieser Grund ist es, der auch bei der Leibesuntersuchung in besonderem Maße in Erscheinung tritt. Es geht nicht an, zu sagen, das Gesetz wolle den Angehörigen nur ein belastendes Tun ersparen, eine Duldung aber, die den Beschuldigten überführt, könne den Angehörigen ohne weiteres zugemutet werden. Daß bei ihnen eine Augenscheinseinnahme oder eine Durchsuchung der Wohnung und ihres Eigentums vorgenommen werden kann, spricht nicht gegen diese Annahme. Mögen auch hierbei den Angehörigen gewisse Vorwürfe nicht erspart bleiben, so ist doch in solchen Fällen das eine drückende Moment ausgeschaltet, die Verurteilung des Beschuldigten mit der eigenen Person begünstigt oder gar erst ermöglicht zu haben. Es ist nicht nötig, den Angehörigen des Beschuldigten ein Recht, jede Augenscheinseinnahme oder Durchsuchung zu verweigern, zuzugestehen, doch sollte die Leibesuntersuchung nicht gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen werden, weil sie eine Umgehung in fraudem legis ermöglicht und dem Geist des Gesetzes widerspricht.

Andere Schriftsteller haben hingegen in ihren Reformvorschlägen empfohlen, den Zwang zur Untersuchung dritter Personen überhaupt zu streichen [231]), oder wenigstens Frauen eine Verpflichtung zur Duldung der Besichtigung und Untersuchung ihrer Geschlechtsteile nicht aufzuerlegen [232]). Sie vergessen jedoch, daß sie dadurch dem Beschuldigten oft das einzige, beste und letzte Verteidigungsmittel entziehen. De lege lata haben wir zwar gefunden, daß dritte Personen zur Duldung einer Durchsuchung oder Augenscheinseinnahme ihres Körpers nicht verpflichtet sind — aber nicht aus dem Grunde, weil wir gesagt haben, dem staatlichen Interesse an der gerechten und umfassenden Strafverfolgung kann auch gedient sein, ohne daß man besondere Interessensphäre Dritter verletzt, sondern nur aus dem Grunde, weil eben das Gesetz selbst diese Grenze gezogen hat. Indessen wäre es falsch, de lege ferenda in Erkenntnis der Notwendigkeit gesetzlicher Neueregelung im gleichen Fehler fortzufahren. Bezichtigen z. B. Frauenspersonen den Beschuldigten der Verführung zum Beischlaf, während dieser behauptet, eine Beischlafvollziehung habe überhaupt nicht stattgefunden, so kann oft nur eine körperliche Untersuchung Klarheit in dieses Dunkel bringen, um so mehr als eine eidliche Vernehmung der Zeuginnen mitunter wegen jugendlichen Alters überhaupt unzulässig ist. Soll nun aber der Entlastungsbeweis an der Schamhaftigkeit einer Frauensperson scheitern, muß man wirklich

---

[231]) v. Liszt, „Nation", Bd. 5, Nr. 22, 239; vgl. a. Löwenstein bei Aschrott, 275.

[232]) v. Liszt, „Nation", Bd. 5, Nr. 22, 239, Stenglein, Ger.S. 62, 261.

den Willen des Weibes achten, wenn es vorzieht, erlittenes Unrecht zu tragen, statt den Beweis desselben an seinem eigenen Körper liefern zu lassen [233])? — Ich glaube doch, daß solche Rücksichten den Interessen der Gerechtigkeit zu weichen haben, wenn es gilt, durch eine Leibesuntersuchung die Unschuld des Beschuldigten darzutun und dessen Ehre wiederherzustellen, mag sich nun die vermeintliche Straftat als Verbrechen, Vergehen oder gar nur als Übertretung entpuppen [234]).

5. Kapitel.

§ 14.

Vergleichende Darstellung ausländischer Rechte.

Betreten wir zuletzt noch den Boden ausländischen Rechts, so finden wir, daß die jüngeren Strafprozeßordnungen des Auslands auf dem Gebiete des Augenscheins und der Durchsuchung im großen und ganzen mit der von uns für das deutsche Strafprozeßrecht vertretenen Auffassung im Einklang stehen. Die älteren Strafprozeßgesetze hingegen weisen in ihren Vorschriften über die Augenscheinseinnahme und die Durchsuchung, insbesondere der Leibesuntersuchung dieselben Mängel auf wie unsere Strafprozeßordnung. So verzeichnet das englische Strafverfahren keine besonderen Vorschriften über die Vornahme von Untersuchungshandlungen. Das Recht des Friedensrichters und der Polizeibeamten, eine Haussuchung oder einen Augenschein und dergl. vorzunehmen, gründet sich entweder auf common law oder auf summarische Klauseln [235]). „Die Polizei tut, was sie für zweckmäßig hält und niemand beklagt sich". In der Praxis wird neuerdings in Fällen, in denen eine Frauensperson untersucht werden soll, mangels eingehender gesetzlicher Regelung der Standpunkt vertreten, daß keine weibliche Person ohne ihre Einwilligung untersucht werden dürfe. Der Code d'instruction criminelle vom 17. November 1808, der in Frankreich immer noch Geltung hat und im Laufe der Zeit nur durch einige Spezialgesetze den veränderten Rechtsverhältnissen angepaßt wurde, enthält in seinen Artikeln über Durchsuchung nur die Haussuchung und erwähnt auch in seiner Vorschrift über Augenscheinseinnahme mit keinem Wort die Pflicht zur Duldung eines Augenscheins oder einer körperlichen Durchsuchung. Anders die österreichische Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873. Sie bestimmt in

[233]) Bejahend Stenglein, Ger.S. 62, 261.

[234]) Herrmann, a. a. O., 39, schlägt vor, entsprechend der Dreiteilung des StGB's Frauen nur im Fall eines an ihnen begangenen Verbrechens einer körperlichen Untersuchung wider ihren Willen zu unterziehen.

[235]) Binding's Hdb. d. Rechtsw. Abt. 9, Bd. 4, Teil 1, 137; Weidlich, Die engl. Strafprozeßpraxis, Berlin 1906.

ihrem § 116 über die Einnahme eines Augenscheins: „Der Augenschein ist vorzunehmen, so oft dies zur Aufklärung eines für die Untersuchung erheblichen Umstandes notwendig erscheint". Die §§ 132, 133 enthalten Verfahrensvorschriften für die Besichtigung bei Körperverletzungen, lassen aber eine Augenscheinsduldungspflicht selbst nicht erkennen. Ehrenfreund[236]) und Lohsing[237]) treten grundsätzlich für die Augenscheinsduldungspflicht sowohl des Verdächtigen wie des Unverdächtigen ein, wollen aber die zu dem Beschuldigten in einer die Zeugnispflicht ausschließenden Beziehung stehenden Personen vom Zwang zur Duldung des Augenscheins befreit wissen. Eine Durchsuchung der Person und ihrer Kleider gestattet § 139, Abs. 2, bei jenen, die eines Vergehens oder Verbrechens verdächtig oder sonst übel beleumundet sind, bei Unverdächtigen nur, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für den Besitz solcher Gegenstände spricht, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können. Die Haussuchung ist vorzunehmen, wenn „gegründeter" Verdacht vorliegt, daß sich eine eines Vergehens oder Verbrechens verdächtige Person verborgen hält oder daß sich daselbst Gegenstände befinden, deren Besitz oder Besichtigung für eine bestimmte Untersuchung von Bedeutung sein können. Die Vorschriften über Anordnung von Untersuchungshandlungen und Beteiligung der Parteien sind die nämlichen wie in der deutschen StPO.

In der Strafprozeßordnung Sowjet-Rußlands vom 22. Mai 1922[238]) nimmt der Schutz der privaten Interessen im Hinblick auf die Verteidigung der Diktatur des Proletariats nur einen kleinen Raum ein. Zwischen Verdächtigen und Unverdächtigen wird keinerlei Unterscheidung getroffen. § 175 gestattet dem Untersuchungsrichter eine Durchsuchung in irgend einem Hause oder irgend einer Person, wenn er hinreichende Gründe zu der Annahme hat, daß dort sich Gegenstände befinden, die für die Sache von Bedeutung sein können. Der Augenschein als solcher wird berührt in § 292 bei der „Behandlung von Sachbeweisen und Urkunden" sowie in § 301, der vom „Lokaltermin" handelt. Ohne auf die „Leibesuntersuchung" näher einzugehen, bestimmt § 191 außerdem: „Der Untersuchungsrichter ist bei der Besichtigung einer Person andern Geschlechts nicht zugegen, wenn die Besichtigung mit der Entblößung der zu besichtigenden Person verbunden ist, mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen die Person gegen eine solche Anwesenheit nichts einzuwenden hat".

---

[236]) Ehrenfreund, Goldt. A. 53, 21, 24 ff.

[237]) Lohsing, a. a. O., § 266; s. a. Kohler, Goldt. A. 60, 312 ff. („Die Person des Zeugen als Augenscheinsobjekt").

[238]) Die Einführungsverordnung zum StGB. u. z. StPO. verkündet in ihren einleitenden Worten, daß dieses Gesetz geschaffen sei, „zum Schutz der Arbeiter- und Bauernregierung und der revolutionären Rechtsordnung gegen den Übertreter und gegen gemeingefährliche Elemente".

Die polnische Strafprozeßordnung vom 19. März 1928 stimmt in ihren klaren Bestimmungen inhaltlich vollkommen mit den Vorschriften des Entwurfs III überein, abgesehen davon, daß sie wie die sowjetrussische StPO. Verdächtige und Unverdächtige bezüglich der Augenscheinseinnahme gleich behandelt, Art. 123, 131, 142, §§ 1, 2, 143. Eine Augenscheinseinnahme, die mit einer Entblößung des Körpers verbunden ist, und eine Durchsuchung der Person, geschieht nach Möglichkeit mittels eines Sachverständigen oder einer Person desselben Geschlechts außer in den Fällen tatsächlicher Unmöglichkeit; der Richter soll nur, wenn es erforderlich ist, bei der Untersuchungshandlung zugegen sein.

Die Strafprozeßordnung des Kantons Bern vom 20. Mai 1928 machte sich die Erfahrungen und Reformpläne anderer Staaten, insbesondere auch Deutschlands, zueigen. Im Abschnitt über „Sachverständige" traf sie eingehende Vorschriften über die körperliche Untersuchung, die nur vom medizinischen Sachverständigen vorgenommen werden darf, Art. 159, Abs. 3; zur körperlichen Untersuchung einer weiblichen Person soll, sofern die zu untersuchende Person oder ihr Vertreter es beantragt, eine Frau oder ein Angehöriges zugezogen werden. Ein richterlicher Augenschein kann eingenommen werden so oft die Umstände die Feststellung einer Tatsache durch sinnliche Wahrnehmung notwendig machen, Art. 146. Bei Betretung eines Hauses oder geschlossener Räumlichkeiten sind die Formalitäten der Haussuchung zu beobachten, Art. 148, die vom Untersuchungsrichter angeordnet wird, sobald der Untersuchungszweck das Betreten von Häusern, Gebäuden oder geschlossenen Räumlichkeiten notwendig macht, Art. 173, Abs. 1, 78.

Das jüngste aller Strafprozeßgesetze, die Strafprozeßordnung des Königreichs Italien vom 19. Oktober 1930 [239]), in Kraft seit 1. Juli 1931, ist besonders interessant nicht nur wegen des Reizes der Neuheit, sondern auch wegen ihres staatspolitischen Einflusses. Weder der Beschuldigte noch der Verteidiger darf an Untersuchungshandlungen teilnehmen, noch die Akten einsehen. Über die Einschränkung der Rechte äußert sich die Begründung zum Vorentwurf der neuen Strafprozeßordnung [240]) dahin, daß jene aufgehobenen Rechte einer demokratisch-liberalen Auffassung entspringen, einem Mißtrauen in die Objektivität der Untersuchungsbehörden, das im faszistischen Staat keinen Raum haben dürfe. — Es kann ja dahingestellt bleiben, ob gerade diese Regelung von Vorteil ist, hervorzuheben ist aber, daß die italienische StPO. am ehesten der heiklen Materie des Augenscheins und der Durchsuchung, speziell der körperlichen Untersuchung gerecht geworden ist: Durch die Besichtigung sichert sich der

[239]) Raccolta delle legi e dei decreti d'Italia, 1930, Nr. 1728, Codice di procedura penale; vgl. a. ebendaselbst, 1913, Nr. 127.

[240]) Amtl. Ausgabe der Vorarbeiten z. StPO. u. StGB, 1929, Bd. VIII. 59, 60.

Untersuchungsrichter die Spuren, die die strafbare Tat hinterlassen hat, Art. 309 ff. Die Leibesuntersuchung ist in den Fällen, in welchen das Schamgefühl der betreffenden Person verletzt werden könnte, nicht gestattet, es sei denn, daß gewichtige Gründe zu ihrer Durchführung vorliegen oder aber sie zur Identifizierung des Beschuldigten selbst notwendig ist; die Besichtigung einer anderen Person kann nur in den Fällen unbedingtester Notwendigkeit angeordnet werden, Art. 310. Ausgeführt wird die Untersuchungshandlung vom Richter persönlich oder durch einen Sachverständigen. Sonstige Personen, mit Ausnahme einer Vertrauensperson des Betroffenen haben nicht das Recht, der Besichtigung beizuwohnen; hat der Richter einen Sachverständigen mit der Vornahme beauftragt, so braucht er nicht zugegen sein. Von dem Recht der Beiziehung einer Vertrauensperson ist der Betroffene zu unterrichten, Art. 310, Abs. 3. Eine persönliche oder Hausdurchsuchung wird nach Art. 332 ff. angeordnet, wenn schwerwiegende Verdachtsgründe dafür vorhanden sind, daß jemand Gegenstände, die der Beschlagnahme unterliegen, verborgen hält oder daß sie sich an einem bestimmten Orte befinden, oder aber, daß dort die Festnahme des Beschuldigten oder einer Person, die rechtmäßig verhaftet war, aber entflohen ist, ausgeführt werden kann. Die Durchsuchung einer Frau ist einer weiblichen Person zu übertragen, wenn dies ohne Verzug und ohne Nachteil für das Verfahren geschehen kann, Art. 335, Abs. 2.

Lebenslauf.

Ich Walter Bausenhart, wurde am 20. Dezember 1907 als Sohn des damaligen Schultheißen Max Bausenhart und seiner Ehefrau Käthe, geb. Frommer, in Neuhutten OA. Weinsberg geboren.

Nach dem Besuch des Dillmann-Realgymnasiums in Stuttgart bestand ich am 26. Februar 1926 die Reifeprüfung. Im Frühjahr 1926 wurde ich an der Universität Tübingen immatrikuliert und verbrachte dort meine Studienzeit bis zum W.S. 1927/28. Im S.S. 1928 besuchte ich die Universität München, um vom W.S. 1928/29 ab wieder in Tübingen die abschließenden Vorlesungen zu hören. Im S.S. 1931 wurde ich exmatrikuliert und meldete mich zur 1. juristischen Staatsprüfung, welche ich am 11. November 1931 in Tübingen bestand.

Am 20. Dezember 1931 nahm ich beim Amtsgericht Stuttgart I meine Referendartätigkeit auf und befinde mich zur Zeit im Vorbereitungsdienst bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts Stuttgart.